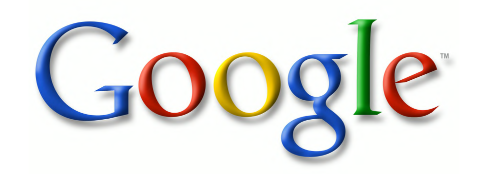
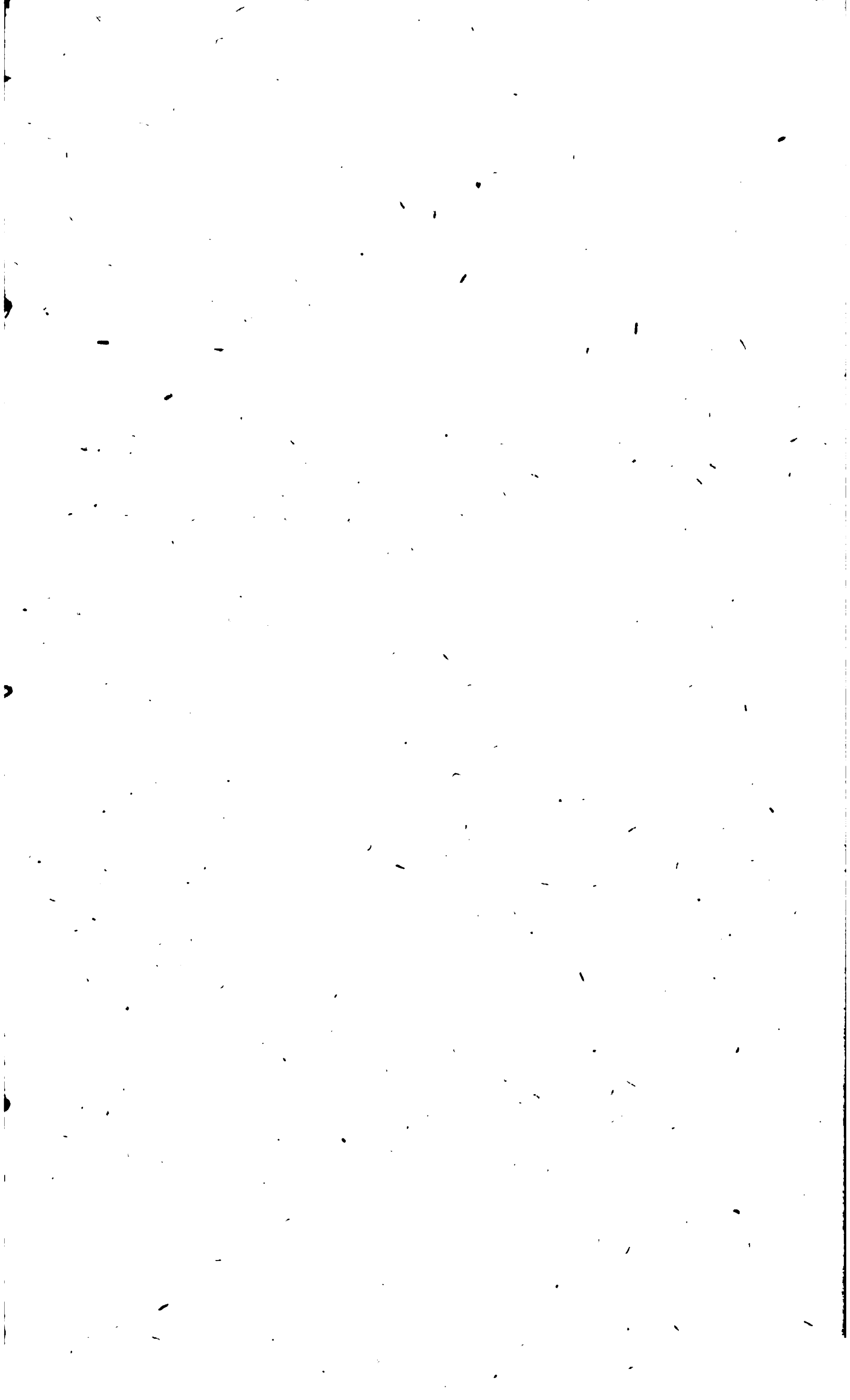



WIDENER LIBRARY
HX GFEJ S


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





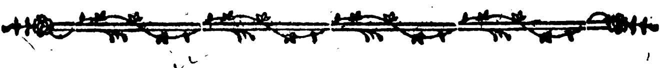
Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dreyzehnten Theils erste Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1811.

Lib. XII. Tit. IV.

De condictione causa data, causa non secuta.

§. 820.

Was sind *condictiones*? Condictio causa data causa non secuta?

Eine besondere Art von persönlichen Klagen sind die *Condictiones* oder *condictitiae actiones*, von welchen nun in einer Reihe von Titeln zu handeln seyn wird. Zwar hießen ehemals alle persönliche Klagen, welche auf ein dare aut facere oportere gehen, im Allgemeinen *Condictiones* [1]), nämlich von dem ritus denunciationis, welcher nach der alten römischen Gerichtsordnung bey diesen Klagen üblich war, vermöge dessen die Partheyen einen Tag bestimmten, wo sie vor Gericht erscheinen, und litem contestiren wollten, welches man condicere [2]) nannte, so so wie von dem ritus vindiciarum die Realklagen *Vindicationes* genennet wurden. Allein wie jene Denunciatio ausser

1) *L. 25. pr. D. de obligat. et action.*

2) Was *condicere* und *denunciare* in der Sprache der alten römischen Gerichtsordnung hieß, und worin die alte litis denunciatio bestanden, habe ich an einem andern Ort, in Opuscul Fascic. II. pag 350. und pag. 356. sqq. gezeigt. Man sehe noch BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Condicere*. *Iac.* GOTHOFREDUS

ausser Gebrauch kam [3]), so blieb der Name *Condictiones* blos denjenigen persönlichen Klagen im engsten Sinn eigen, welche auf eine Uebertragung des Eigenthums, oder Herausgabe deßen abzwecken, wovon der Kläger nicht Eigenthümer ist [4]). Alles dieses bestätiget folgende Stelle Justinians, welcher §. 15. *I. de Action* sagt: Appellamus autem in rem quidem actiones, *Vindicationes*: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, *Condictiones*. *Condicere* enim est denunciare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus *Condictionem* actionem in personam esse, qua actor intendit *dari* sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo

FREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. II. Tit. 4. p. 112. edit. *Ritter*. *Hug*. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIII. cap. 2. *Io*. CORASIUS Miscellaneor. Lib. IV. cap. 7. und *Franc*. HOTOMAN in Commentar. ad §. 15. I. de Action. pag. 448. seqq.

3) Es ist ganz irrig, wenn MARCILIUS ad §. 15. I. de Action. und VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. behaupten wollen, daß Kr. Theodosius die denunciationum ambages in der *L. 6. Cod. Theod. de denunciat.* abgeschafft habe. Es geschahe dies nur in 7. Fällen, die er ausnahm. S. meine Opuscula Fasc. II. pag. 360. sq.

4) S. *Frid. Nathan*. VOLCMAR Diss. de condictionum indole atque natura, praeside *Io. Christ*. WOLTAERO def. *Halae* 1777. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et. 2. *Io. Lud.* CONRADI Iuventiana condictio, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marb. 1774. 8. Cap. II. §. 1. Hugo Civilistisches Magazin 1. Band S. 463. u. folg. und THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 60.

eo nomine denunciatio sit. Theophilus [5]) hat diese Stelle auf folgende Art erläutert: Πᾶσαι δὲ αἱ in rem τῷ γένει λέγονται vindicationes, ὥσπερ καὶ πᾶσαι αἱ περσονάλιαι κονδικτίτιοι προσαγορεύονται. Καὶ πόθεν εἴρηται κονδικτίτιος, ἀναγκαῖον εἰπεῖν. Condicere ἐςὶ κατὰ τὴν ἀρχαίαν διάλεκτον τὸ παραγγεῖλαι. Πάλαι γὰρ ὁ ἔχων δίκην πρός τινα παρήγγελεν αὐτῷ, ὅτι ἐλθὲ τῇδε τῇ ἡμέρα, ὡς δικασόμενος μετ' ἐμοῦ. σήμερον δὲ καταχρηςικῶς λέγεται κονδικτίτιος ἡ ἀγωγὴ ἣν ὁ ἄκτωρ κινῶν λέγει. Εἰ φαίνεται, τόνδε χρῆναι δοῦναι, ἐπειδὴ κατὰ τὸ νῦν κρατοῦν οὐδεμία πρὸς τὸν ἀντίδικον γίνεται παραγγελία, οὐδὲ γὰρ παραγγέλλει αὐτῷ ὁ ἐνάγων, ὅτι δεῖ αὐτὸν ἐλθεῖν τῇδε τῇ ἡμέρᾳ καὶ δικάσασθαι. i. e. Omnes autem in rem actiones in genere vocantur *Vindicationes*, sicut et omnes personales *Condictiones* adpellantur. Atqui unde *Condictio* nominetur, necesse est dicere. *Condicere* secundum antiquam linguam est denuntiare. Olim enim, qui cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei, Venito illa die, ut iudicium mecum subeas; hodie autem abusive *Condictio* dicitur illa actio, quam actor instituens dicit, *Si adparet, illum dare oportere;* quoniam secundum id, quod nunc obtinet, nulla adversario fit denunciatio; nec enim actor ei denuntiat, oportere eum venire illa die ac iudicium subire.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Idee, welche Hellfeld hat, wenn er unter Condictionen persönliche Klagen versteht, die nicht aus einem Contract, sondern blos aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entstehen, nicht erschöpfend ist. Denn auch davon abgesehen, daß die condictio

5) Paraphr. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 15. Tom. II. p. 805. edit. *Reitz.*

dictio certi ex mutuo eine condictio ex contractu ist, so würden nach diesem Begriff auch alle actiones in factum Condictionen seyn.

Condictionen sind nun also

1) blos persönliche Klagen. Realklagen sind nie so genennet worden, sondern haben immer den Namen vindicationes geführt. Johann Carl van Wachendorff [6]) ist zwar anderer Meinung: allein Janus a Costa [7]), hat das Gegentheil gezeigt.

2) Es sind Civilklagen. Denn es giebt keine Condiction, welche einen Prätor zum Urheber hätte. In Ansehung der condictio triticiaria und der condictio de eo, quod certo loco sind zwar mehrere anderer Meinung [8]), und haben sich sogar bemühet, die Worte des prätorischen Edicts herzustellen. Allein vergeblich. Es findet sich hiervon nirgends eine Spur [9]). Den Grund, daß mehrere Stellen des Ulpians und Cajus in den Titeln der Pandecten, die von diesen Condictionen handeln, aus ihren Commentarien über das Edict des Prätors genommen sind, beweisen nichts. Wie viel Fragmente in dem Titel de

6) Dissertation. Trias. Diss. II. Cap. II. §. 1. pag. 231.

7) Commentar. ad §. 15. I. de Actionib. pag. 539.

8) WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Diss. XXVI. Th. 7. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXIV. Th. 56. WESTENBERG de caussis obligationum Diss. VII, Cap. V. §. 10—12. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. Tit. de condictione de eo quod certo loco Tom. II. *Operum* pag. 305.

9) Man sehe WACHENDORFF cit. Triad. Dissertationum Diss. II. Cap. II. §. 4. pag. 241. sq. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XIII. Tit. 3. Qu. 6.

de Rei Vindicatione sind nicht aus diesen Commentaren entlehnt, und doch weiß jeder, daß die Rei Vindicatio eine Civilklage ist?

3) Sie haben das Unterscheidende, daß sie auf ein *dare oportere* gehen. Das Wort dare heißt aber in der Sprache des röm. Rechts nicht blos herausgeben, sondern es soll eine Uebertragung des Eigenthums ausdrücken. Justinian sagt §. 14. *I. de actionib.* Dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat. Diese Klagen haben also zum Zweck, entweder die Erwerbung des Eigenthums einer Sache, von welcher der Kläger noch nicht Eigenthümer war, wie z. B. bey der *condictio ex lege*, *triticiaria* u. dgl. oder ein Herausgeben dessen zu bewirken, wovon zwar dem Beklagten das Eigenthum war übertragen worden, was dieser aber entweder vermöge der Contractsverbindlichkeit jetzt wieder in gleicher Art restituiren muß, wie bey der *condictio ex mutuo*, oder nun ohne rechtlichen Grund besitzt, wie bey der *condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio indebiti, condictio ob turpem vel iniustam causam*, und *condictio sine causa* [10]). Hingegen auf Herausgabe einer Sache, deren Eigenthum dem Kläger unverändert verblieben ist, gehen diese Klagen nicht. Daher findet man in dem ganzen röm. Gesetzbuche nirgends etwas von einer condictio ex commodato, oder deposito, oder pignore [11]). Nur der Klage aus dem Darlehn konnte darum der Name condictio bleiben, weil der Gläubiger nicht mehr Eigenthümer

10) *L.* 65. *D. de condict. indeb.*

11) S. *de* RETES Opusculor. Lib II. Sect. I. cap. 8 nr. 8. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 107.)

dessen ist, was er von dem Schuldner als Darlehn zurückfordert. Es ist daher eine Regel, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicire. Justinian sagt §. 14. *I. de Action.* Certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *Si apparet, eum dare oportere.* Nec enim, quod actoris est, id ei *dari* oportet: scilicet, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Nur gegen den Dieb, gegen den Räuber, gegen einen Ehegatten, welcher dem andern wegen vorhabender Ehescheidung Sachen entwendet hat, und gegen den Depositar, welcher sich eines Dolus schuldig gemacht hat, gestatten die Gesetze dem Eigenthümer eine Condiction, wie folgende Stellen beweisen.

§. 14. *I. de Action.* Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: Si appareat, eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

L. ult. in fin. D. Usufructuar. quemadm. caveat. Proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse.

L. 1. §. 1. D. de condict. triticiar. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili re abrepta.

L. 25. D. de actione rer. amotar. Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit: sed

sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, *tamen ipsas res maritus condicere potest*: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

L. 26. *D. eodem.* Rerum amotarum actio *condictio* est.

L. 13. §. 1. *D. Depositi.* Competit etiam *condictio*, depositae rei nomine: sed non antequam id dolo admissum sit, non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, *condictione obligari*, verum quod dolum malum admiserit.

4) Die Condictionen sind entweder Hauptklagen, welche zum Zweck der Verfolgung einer Verbindlichkeit gebraucht werden, aus welcher sie unmittelbar hervorgehen; wie z. E. die condictio ex Lege, condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio ob turpem causam, condictio indebiti, und so die meisten Condictionen; oder es sind blos *adiectitiae qualitates* anderer Hauptklagen, welche dem Namen derselben beygesetzt werden, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen; wie z. B. die condictio triticiaria und die condictio de eo quod certo loco [12]).

5) Der allgemeine Grund der Condictionen ist die natürliche Billigkeit. Sie werden daher in den Gesetzen aus dem iure gentium hergeleitet. Marcian sagt *L.* 25. *D. de act. rerum amotar.* Iure gentium condici puto

12) S. de COCCEJI. iur. civ. contr. h. t. Qu. 1. Not. Hübners Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts. S. 84. ff.

dessen ist, was er von dem Schuldner als Darlehn zurückfordert. Es ist daher eine Regel, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicire. Justinian sagt §. 14. *I. de Action.* Certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *Si paret, eum dare oportere.* Nec enim, quod actoris est, id ei *dari* oportet: scilicet, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Nur gegen den Dieb, gegen den Räuber, gegen einen Ehegatten, welcher dem andern wegen vorhabender Ehescheidung Sachen entwendet hat, und gegen den Depositar, welcher sich eines Dolus schuldig gemacht hat, gestatten die Gesetze dem Eigenthümer eine Condiction, wie folgende Stellen beweisen.

§. 14. *I. de Action.* Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: Si appareat, eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

L. ult. in fin. D. Usufructuar. quemadm. caveat. Proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse.

L. 1. §. 1. D. de condict. triticiar. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex caussis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili re abrepta.

L. 25. D. de actione rer. amotar. Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit; sed

sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, *tamen ipsas res maritus condicere potest*: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

L. 26. D. eodem. Rerum amotarum actio *condictio* est.

L. 13. §. 1. D. Depositi. Competit etiam *condictio*, depositae rei nomine: sed non antequam id dolo admissum sit, non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, *condictione obligari*, verum quod dolum malum admiserit.

4) Die Condictionen sind entweder **Hauptklagen**, welche zum Zweck der Verfolgung einer Verbindlichkeit gebraucht werden, aus welcher sie unmittelbar hervorgehen; wie z. E. die condictio ex Lege, condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio ob turpem causam, condictio indebiti, und so die meisten Condictionen; oder es sind blos *adiectitiae qualitates* anderer Hauptklagen, welche dem Namen derselben beygesetzt werden, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen; wie z. B. die condictio triticiaria und die condictio de eo quod certo loco [12]).

5) Der allgemeine Grund der Condictionen ist die natürliche Billigkeit. Sie werden daher in den Gesetzen aus dem iure gentium hergeleitet. Marcian sagt *L. 25. D. de act. rerum amotar.* Iure gentium condici puto

 posse

12) S. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 1. Not. Hufe[illegible]ners Berichtigun[illegible] und Z[illegible] [illegible]stitutionen des Röm. Rechts. [illegible]

ausser Gebrauch kam [3]), so blieb der Name *Condictiones* blos denjenigen persönlichen Klagen im engsten Sinn eigen, welche auf eine Uebertragung des Eigenthums, oder Herausgabe deßen abzwecken, wovon der Kläger nicht Eigenthümer ist [4]). Alles dieses bestätiget folgende Stelle Justinians, welcher §. 15. *I. de Action* sagt: Appellamus autem in rem quidem actiones, *Vindicationes*: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, *Condictiones*. *Condicere* enim est denunciare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus *Condictionem* actionem in personam esse, qua actor intendit *dari* sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo

FREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. II. Tit. 4. p. 112. edit. *Ritter*. *Hug*. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIII. cap. 2. *Io*. CORASIUS Miscellaneor. Lib. IV. cap. 7. und *Franc*. HOTOMAN in Commentar. ad §. 15. I. de Action. pag. 448. seqq.

3) Es ist ganz irrig, wenn MARCILIUS ad §. 15. I. de Action. und VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. behaupten wollen, daß K. Theodosius die denunciationum ambages in der *L. 6. Cod. Theod. de denunciat.* abgeschafft habe. Es geschahe dies nur in 7. Fällen, die er ausnahm. S. meine Opuscula Fasc. II. pag. 360. sq.

4) S. *Frid. Nathan.* VOLCMAR Diss. de condictionum indole atque natura, praeside *Io. Christ.* WOLTAERO def. *Halae* 1777. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et. 2. *Io. Lud.* CONRADI Iuventiana condictio, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marb. 1774. 8. Cap. II. §. 1. Hugo Civilistisches Magazin 1. Band S. 463. u. folg. und THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 60.

eo nomine denunciatio sit. Theophilus [5]) hat diese Stelle auf folgende Art erläutert: Πᾶσαι δὲ αἱ in rem τῷ γένει λέγονται vindicationes, ὥσπερ καὶ πᾶσαι αἱ περσονάλιαι κονδικτίτιοι προσαγορεύονται. Καὶ πόθεν εἴρηται κονδικτίτιος, ἀναγκαῖον εἰπεῖν. Condicere ἐςὶ κατὰ τὴν ἀρχαίαν διάλεκτον τὸ παραγγεῖλαι. Πάλαι γὰρ ὁ ἔχων δίκην πρός τινα παρήγγελεν αὐτῷ, ὅτι ἐλθὲ τῇδε τῇ ἡμέρᾳ, ὡς δικασόμενος μετ' ἐμοῦ. σήμερον δὲ καταχρηςικῶς λέγεται κονδικτίτιος ἡ ἀγωγὴ ἣν ὁ ἄκτωρ κινῶν λέγει. Εἰ φαίνεται, τόνδε χρῆναι δοῦναι, ἐπειδὴ κατὰ τὸ νῦν κρατοῦν οὐδεμία πρὸς τὸν ἀντίδικον γίνεται παραγγελία, οὐδὲ γὰρ παραγγέλλει αὐτῷ ὁ ἐνάγων, ὅτι δεῖ αὐτὸν ἐλθεῖν τῇδε τῇ ἡμέρᾳ καὶ δικάσασθαι. i. e. Omnes autem in rem actiones in genere vocantur *Vindicationes*, sicut et omnes personales *Condictiones* adpellantur. Atqui unde *Condictio* nominetur, necesse est dicere. *Condicere* secundum antiquam linguam est denuntiare. Olim enim, qui cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei, Venito illa die, ut iudicium mecum subeas: hodie autem abusive *Condictio* dicitur illa actio, quam actor instituens dicit, *Si adparet, illum dare oportere;* quoniam secundum id, quod nunc obtinet, nulla adversario fit denunciatio; nec enim actor ei denuntiat, oportere eum venire illa die ac iudicium subire.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Idee, welche Hellfeld hat, wenn er unter Condictionen persönliche Klagen versteht, die nicht aus einem Contract, sondern blos aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entstehen, nicht erschöpfend ist. Denn auch davon abgesehen, daß die condictio

5) Paraphr. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 15. Tom. II. p. 805. edit. *Reitz.*

dictio certi ex mutuo eine condictio ex contractu ist, so würden nach diesem Begriff auch alle actiones in factum Condictionen seyn.

Condictionen sind nun also

1) blos persönliche Klagen. Realklagen sind nie so genennet worden, sondern haben immer den Namen vindicationes geführt. Johann Carl van Wachendorff [6]) ist zwar anderer Meinung: allein Janus a Costa [7]), hat das Gegentheil gezeigt.

2) Es sind Civilklagen. Denn es giebt keine Condiction, welche einen Prätor zum Urheber hätte. In Ansehung der condictio triticiaria und der condictio de eo, quod certo loco sind zwar mehrere anderer Meinung [8]), und haben sich sogar bemühet, die Worte des prätorischen Edicts herzustellen. Allein vergeblich. Es findet sich hiervon nirgends eine Spur [9]). Den Grund, daß mehrere Stellen des Ulpians und Cajus in den Titeln der Pandecten, die von diesen Condictionen handeln, aus ihren Commentarien über das Edict des Prätors genommen sind, beweisen nichts. Wie viel Fragmente in dem Titel de

6) Dissertation. Trias. Diss. II. Cap. II. §. 1. pag. 231.

7) Commentar. ad §. 15. I. de Actionib. pag. 539.

8) WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Diss. XXVI. Th. 7. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXIV. Th. 56. WESTENBERG de caussis obligationum Diss. VII, Cap. V. §. 10—12. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. Tit. de condictione de eo quod certo loco Tom. II. *Operum* pag. 305.

9) Man sehe WACHENDORFF cit. Triad. Dissertationum Diss. II. Cap. II. §. 4. pag. 241. sq. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XIII. Tit. 3. Qu. 6.

de Rei Vindicatione sind nicht aus diesen Commentaren entlehnt, und doch weiß jeder, daß die Rei Vindicatio eine Civilklage ist?

3) Sie haben das Unterscheidende, daß sie auf ein *dare oportere* gehen. Das Wort dare heißt aber in der Sprache des röm. Rechts nicht blos herausgeben, sondern es soll eine Uebertragung des Eigenthums ausdrücken. Justinian sagt §. 14. *I. de actionib.* Dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat. Diese Klagen haben also zum Zweck, entweder die Erwerbung des Eigenthums einer Sache, von welcher der Kläger noch nicht Eigenthümer war, wie z. B. bey der *condictio ex lege*, *triticiaria* u. dgl. oder ein Herausgeben dessen zu bewirken, wovon zwar dem Beklagten das Eigenthum war übertragen worden, was dieser aber entweder vermöge der Contractsverbindlichkeit jetzt wieder in gleicher Art restituiren muß, wie bey der *condictio ex mutuo*, oder nun ohne rechtlichen Grund besitzt, wie bey der *condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio indebiti, condictio ob turpem vel iniustam causam*, und *condictio sine causa* [10]). Hingegen auf Herausgabe einer Sache, deren Eigenthum dem Kläger unverändert verblieben ist, gehen diese Klagen nicht. Daher findet man in dem ganzen röm. Gesetzbuche nirgends etwas von einer condictio ex commodato, oder deposito, oder pignore [11]). Nur der Klage aus dem Darlehn konnte darum der Name condictio bleiben, weil der Gläubiger nicht mehr Eigenthümer

 dessen

20) *L. 65. D. de condict. indeb.*

11) S. *de* RETES Opusculor. Lib II. Sect. I. cap. 8 nr. 8. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 107.)

dessen ist, was er von dem Schuldner als Darlehn zurückfordert. Es ist daher eine Regel, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicire. Justinian sagt §. 14. *I. de Action.* Certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *Si apparet, eum dare oportere.* Nec enim, quod actoris est, id ei *dari* oportet: scilicet, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Nur gegen den Dieb, gegen den Räuber, gegen einen Ehegatten, welcher dem andern wegen vorhabender Ehescheidung Sachen entwendet hat, und gegen den Depositar, welcher sich eines Dolus schuldig gemacht hat, gestatten die Gesetze dem Eigenthümer eine Condiction, wie folgende Stellen beweisen.

§. 14. *I. de Action.* Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: Si appareat, eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

L. ult. in fin. D. Usufructuar. quemadm. caveat. Proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse.

L. 1. §. 1. D. de condict. triticiar. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex caussis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili re abrepta.

L. 25. D. de actione rer. amotar. Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit; sed

sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, *tamen ipsas res maritus condicere potest:* nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

L. 26. D. eodem. Rerum amotarum actio *condictio* est.

L. 13. §. 1. D. Depositi. Competit etiam *condictio*, depositae rei nomine: sed non antequam id dolo admissum sit, non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, *condictione obligari*, verum quod dolum malum admiserit.

4) Die Condictionen sind entweder Hauptklagen, welche zum Zweck der Verfolgung einer Verbindlichkeit gebraucht werden, aus welcher sie unmittelbar hervorgehen; wie z. E. die condictio ex Lege, condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio ob turpem causam, condictio indebiti, und so die meisten Condictionen; oder es sind blos *adiectitiae qualitates* anderer Hauptklagen, welche dem Namen derselben beygesetzt werden, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen; wie z. B. die condictio triticiaria und die condictio de eo quod certo loco [12]).

5) Der allgemeine Grund der Condictionen ist die natürliche Billigkeit. Sie werden daher in den Gesetzen aus dem iure gentium hergeleitet. Marcian sagt *L. 25. D. de act. rerum amotar.* Iure gentium condici puto

A 4 posse

12) S. de COCCEJI. iur. civ. contr. h. t. Qu. 1. Not. Hübners Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts. S. 84. ff.

posse res ab his, qui non ex iusta causa possident. Eben dieses bestätigt Paulus *L. 65. §. 4. D. de condict. indeb.* Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti, si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris; und Papinian sagt insonderheit von der condictio indebiti, *L. 66. D. de condict. indeb.* Haec condictio *ex bono et aequo introducta*, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Es ist bey so klaren Stellen der Gesetze ganz unbegreiflich, wie dennoch mehrere berühmte Rechtsgelehrte [13]) die Condictionen, von denen wir hier reden, für actiones stricti iuris haben halten können [14]). Deswegen haben aber doch die Condictionen noch ihren besondern Klagegrund, wodurch sich dieselben von einander unterscheiden. So sagt Justinian *Pr. I. Quibus mod. re contr. obligat.* Ex mutuo nascitur actio, quae vocatur *certi condictio.* Die *condictio indebiti* leitet Cajus *L. 5. §. 3. D. de oblig. et action.* quasi ex mutui datione her. Die *condictio ob causam dati* wird von einigen [15]) ex contractu

13) *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris sec. ord. Pand. Lib. XII. Tit. 6 §. 59. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3089. u. a. m.

14) Daß die Condictionen vielmehr actiones bonae fidei sind, zeigt *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. III. cap. 6. in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 165. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3 rechnet sie zu den actionibus arbitrariis. Man s. auch EMMINGHAUS ad Eundem l. c. not. k.

15) S. WESTENBERG Dig. h. t. §. 4.

tractu innominato do ut des aut facias; von andern [16]) quasi ex contractu, oder auch ex consensu praesumto [17]) hergeleitet. Die *condictio furtiva* entspringt aus einem Delict [18]). Aus demselben Grunde leiten einige [19]) auch die *condictio ob turpem vel iniustam causam*, andere [20]) hingegen aus einem Quasi-Delict, noch andere [21]) sogar quasi ex contractu her. Ich werde von dem besondern Klagegrunde bey den einzelnen Condictionen noch genauer handeln.

Unter den einzelnen Condictionen ist nun die *Condictio causa data, causa non secuta* [22]) die erste, von welcher hier zu handeln ist. Diese Condiction, welche auch *Condictio ob causam datorum* [23]) genennet wird, ist eine persönliche Klage, welche von demjenigen, der etwas, in Rücksicht eines zu erfüllen-

16) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. SCHULTING Thes. controv. Decad. XXXXII. Th. 2. FINESTRES in Hermogeniano pag. 435.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

18) SCHULTING Thes. controv. Dec. XLV. §. 3.

19) WESTENBERG Dig. Lib. XII. Tit. 5. §. 3.

20) *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. 5. Qu. 2.

21) HEINECCIUS Pandectar. Lib. XII. Tit. 5. §. 49.

22) Von dieser handeln *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib XIV. cap. 20. sqq. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad hunc Tit. Pandectar. Tom. II. *Operum.* pag. 896. sqq. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. 2. et 3. (in MEERMANI *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 118. sqq.) CLUDII Tr. de condictione ob causam datorum. *Lipsiae* 1659. und *Io. Christph.* HOEGER Diss. de usu condictionis causa data, causa non secuta. *Altorfii* 1714.

23) Vid. Tit. Cod. *de condictione ob causam datorum.* IV. 6.

den, an sich untadelhaften Zwecks, gegeben hat, gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Empfangenen mit allen Nutzungen und Zubehör in dem Fall angestellet wird, wenn die beabsichtigte Gegenleistung nicht erfolgt. Das Wort *Causa* bedeutet also hier soviel als ein Zweck, wozu etwas gegeben wird, oder auch die Sache selbst, welche in Rücksicht einer künftigen Gegenleistung gegeben wird. Daher werden hier die Benennungen *causa* und *res* als gleichbedeutend genommen [24]). Bekannt ist die in den Gesetzen dieses Titels häufig vorkommende Redensart: *ob rem dare*. *L. 1. pr. L. 9. pr. L. 14. D. h. t. L. 5. pr. D. de praescript. verb.*

§. 821.

Erfordernisse dieser Condiction. Was heißt hier Geben? Datio.

Die Condictio c. d. c. n. s. setzt nun voraus,

1) daß von Seiten des Klägers etwas **gegeben** worden sey. Das Wort **Geben** wird jedoch hier im rechtlichen

24) Im engern Sinn unterscheiden jedoch die Gesetze zwischen *Causa* und *Res*, und nennen *causa* dasjenige, was in Hinsicht einer schon geschehenen Leistung, *res* aber, was in Beziehung auf eine künftige Gegenleistung gegeben worden ist. So z. B. sagt *L. 52. D. de condict. indeb.* Damus aut *ob causam*, aut *ob rem*. Ob causam *praeteritam*, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est. *Ob rem* vero datur, ut aliquid sequatur. Und *L. 65. §. 2. D. eodem* heißt es: Id quoque *ob causam* datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi. Eben so unterscheidet *L. 1. De de condict. ob turp. causam.* Allein im allgemeinen Sinn sind die Ausdrücke *ob rem* und *ob causam* datum gleichbedeutend. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. sub v. *Causa* und *de* RETES l. c. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 1.

lichen Sinn genommen, und darunter auch eine solche Leistung verstanden, die dem Geben einer Sache in Natur gleichgeachtet wird. Dahin gehört z. B. Ausstellung eines Schuldscheins über eine in Rücksicht einer Gegenleistung versprochene Summe, oder Ausstellung einer Quittung über eine Forderung, die man an den Andern hatte. Es bestätigen dies folgende Gesetzstellen.

L. 4. Cod. de condict. ob causam dator. Si cum exiguam pecuniam revera susciperes, longe maiorem te accepisse cavisti, eo quod tibi patrocinium adversarius repromitteret, cum dicas, fidem promissi non secutam, ut libereris ab obligatione eius, quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris.

L. 10. D. h. t. Si mulier ei, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, quae sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur: *quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit.*

L. 115. pr. D. de div. reg. iuris. Si quis obligatione liberatus sit, *potest videri cepisse.*

Ein bloßes Versprechen, daß man dem Andern etwas geben wolle, wenn es auch gleich in Rücksicht einer Gegenleistung geschehen ist, begründet diese Condiction nicht. Denn hier ist keine Zurückforderung denkbar. Ueberdem ist hier der Promittent schon durch eine Exception hinlänglich gedeckt, es kann daher schon darum das bloße Versprechen hier dem Geben nicht gleichgeachtet werden. Denn Paulus giebt uns

L. 115.

L. 115. §. 1. *D. de Reg. iur.*[25]) die Regel: Non potest videri *accepisse*, qui stipulatus potest exceptione submoveri. Anderer Meynung ist zwar **Anton Schulting**[26]), welcher sich deshalb auf die Worte **Ulpians** in der *L.* 24. *in fin. D. de acquir. vel omit. heredit.* beruft, wo es heißt: quod et stipulando capiamus. Allein man verbinde damit die *L.* 8. *D. de mortis causa donat.* Denn beyde sind aus *Ulpiani Libro VII. ad Sabinum* genommen; und man wird sich sogleich von dem Gegentheil überzeugen. Die Frage war, ob man von demjenigen, welchem eine Summe Geld versprochen worden ist, damit er eine ihm angefallene Erbschaft ausschlage, sagen könne, er habe sich als Erbe gerirt? Diese Frage entscheidet **Ulpian** zwar verneinend; indeßen trete doch hier das Edict des Prätors Si quis omissa causa testati, ein. Denn es sey so gut eine mortis causa capio geschehen, als wenn er das Geld erhalten hätte. Nam et stipulando mortis causa capit. D. h. wenn er gleich das Geld wegen der ausgeschlagenen Erbschaft noch nicht erhalten hat, so kann er doch darauf ex stipulatu klagen, nun ist es zur mortis causa capio nach *L.* 31. *pr. D. eod.* schon genug, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit. Auf jeden Fall aber hat er durch die Annahme des Versprechens seinen Willen erklärt, daß er nicht Erbe seyn wolle.

25) **Paulus** erklärt zwar eigentlich *Lib. XII. ad Edictum*, woraus die *L.* 115. *D de Reg. iur.* genommen ist, das Edikt des Prätors *de calumniatoribus*. Allein die hier vorgetragenen Rechtsregeln sind allgemein. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Tit. Pand. de divis regulis iuris. pag. 493. sq.

26) Thesium controversar. Dec. XLII. Th. 5.

wolle [27]). Wie läßt sich also hieraus der Schluß machen, eine stipulata promissio habe mit der datio gleiche Wirkung, und begründe eine condictio causa data causa non secuta, von welcher hier gar nicht die Rede war [28])? Eben so wenig können auch die *L.* 3. §. 4. und *L.* §. 19. *D. h. t.* zum Beweis dienen, welche **Cludius** [29]) für diese Meynung anführt. Keine dieser Stellen redet von unserer Condiction. Die erste Stelle: Etsi nihil dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem defuncto quoque eo; handelt offenbar von der Klage auf Erfüllung des Contracts; die andere aber: Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset, et nuptiae secutae fuissent, adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur, si nondum solverit; von der condictio indebiti.

Ob übrigens der Kläger für sich oder für einen andern gegeben hat, ist gleichviel. Derjenige, für welchen etwas gegeben worden ist, kann nur dann gegen den Empfänger auf Zurückgabe klagen, wenn der Geber die Absicht gehabt hat, dem Dritten damit ein Geschenk zu machen, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 6. D. h. t. Si extraneus pro muliere dotem dedisset, et pactus esset, ut quoquomodo finitum esset

27) S. **Westphals** Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 231.

28) Vergl. HÖGER Diss. cit. §. 3 not. h.

29) Cit. Tr. de condictione c. d. c. n. sec. Cap. III. nr. 23. sq.

ſet matrimonium, dos ei redderetur; nec fuerint nuptiae ſecutae, quia de his caſibus ſolummodo fuit conventum, qui matrimonium ſequuntur, nuptiae autem ſecutae non ſint; quaerendum erit, utrum mulieri Condictio, an ei, qui dotem dedit competat? Et veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum, qui dat, ſibi proſpicere. *Nam, quaſi cauſa non ſecuta, habere poteſt Condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato:* niſi forte evidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum ideo feciſſe, ut ipſi magis mulieri, quam ſibi proſpiceret. Sed et ſi pater pro filia det, et ita convenit, niſi evidenter aliud actum ſit, condictionem patri competere.

L. 7. D. eodem. Qui ſe debere pecuniam mulieri putabat, iuſſu eius dotis nomine promiſit ſponſo, et ſolvit: nuptiae deinde non interceſſerunt: quaeſitum eſt, utrum ipſe poteſt repetere eam pecuniam, qui dediſſet, an mulier? *Nerva* et *Attilicinus* reſponderunt: Quoniam putaſſet quidem debere pecuniam, ſed exceptione doli mali tueri ſe potuiſſet; ipſum repetiturum. Sed ſi, quum ſciret, ſe nihil mulieri debere, promiſiſſet; mulieris eſſe actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret. (Denn hier wird eine Schenkung vermuthet.) Si autem vere debitor fuiſſet, et ante nuptias ſolviſſet, et nuptiae ſecutae non fuiſſent, ipſe poſſit condicere: cauſa debiti integra mulieri ad hoc ſolum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, niſi ut cedat ei condictitia actione.

L. 9. D. eodem. Si *donaturus* mulieri, iuſſu eius ſponſo numeravi, nec nuptiae ſecutae ſunt; *mulier condicet.* Sed ſi ego contraxi cum ſponſo, et pecuniam

in

in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur; si non essent secutae, mihi redderetur: *quasi ob rem datur, et re non secuta, ego a sponso condicam.*

2) Es muß Etwas wegen einer künftigen Gegenleistung (ob causam futuram) gegeben worden seyn. Ist etwas in Beziehung auf eine bereits geschehene Leistung des Andern gegeben worden, so findet keine Zurückforderung Statt, wofern nicht etwa wegen eines dabey zum Grunde gelegenen Irrthums die condictio indebiti begründet wird. *L.* 52. *D. de condict. indebiti* sagt: Damus *ob causam praeteritam;* veluti cum ideo do, *quod aliquid a te consecutus sum*, vel *quia aliquid a te factum est: ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit.* Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente, repetitio competit. Und in der *L.* 65. §. 2. *D. eodem* heißt es: Id quoque, quod *ob causam* datur, puta, quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, *repeti non posse.*

3) Der Zweck, wozu etwas gegeben worden ist, muß an sich untadelhaft seyn, (*causa honesta*). Ulpian bemerkt dieß ausdrücklich, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt: Si *ob rem non inhonestam* data sit pecunia, ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discedatur, causa secuta, repetitio cessat. Hierdurch unterscheidet sich die condictio ob causam datorum von der condictio ob turpem causam. Die Causa kann übrigens entweder darin bestehen, daß Etwas geschehe, oder daß Etwas nicht geschehen möge. In dem letztern Falle findet keine Zurückforderung Statt, so lange das Factum unterbleibt,

bleibt, es wäre denn, daß zur Sicherheit des Klägers eine Cautionsleistung versprochen worden, und diese nicht erfolgt ist. Es gehen hierauf folgende Gesetzstellen.

L. 3. *pr. D. h. t.* Dedi tibi pecuniam, *ne ad iudicem iretur:* quasi decidi. An possim condicere, si mihi non caveatur, ad iudicem non iri? Et est verum, multum interesse, utrum ob hoc solum dedi *ne eatur*, an *ut et mihi repromittatur, non iri:* si ob hoc, *ut et repromittatur*, condici poterit, si non repromittatur: si *ut ne eatur*, condictio cessat, quamdiu non itur.

§. 1. Idem erit, et si tibi dedero, *ne Stichum manumittas*: nam secundum distinctionem supra scriptam, aut admittenda erit repetitio aut inhibenda.

Wird das Factum dennoch unternommen, was nicht hätte geschehen sollen, so ist es zwar deshalb an sich in der Regel nicht ungültig, allein die Klage auf Zurückforderung des Gegebenen ist nunmehr begründet, wie folgende Gesetzstelle außer Zweifel setzt.

L. 3. *Cod. de condict. ob causam dator.* Ea lege in vos collata donatio, *ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret*, id efficit, ne alteruter vestrum prorsus alienet; *vel ut donatori, vel eius heredi condictio, si non fuerit condictio servata, quaeratur* [30]).

Ge-

30) Daß die Veräusserung an sich nicht ungültig sey, bestärken auch die *Basilica* Lib. XXIV. Tit. 1. Const. 31. (bey FABROT Tom. III. pag. 503.) Ἐαύ τις δωρήση ταί τινι ἐπὶ ὅρω τοιούτω, ἐπὶ τῷ μηδέποτε τὸ δωρηθεντα ἐκποιῆσαι, τῷ μὲν νόμῳ ἐκποίησις οὐ κεκώλυται. ὁ δὲ ἐκποιήσαν, κατέχεται τῷ τῆς ἀπαιτήσεως [illegible] i. e. *Si quis ea conditione alicui dona-*

Gehet die causa dati dahin, daß Etwas geschehe, so kann sich die Handlung auch selbst auf die Person des Gebers beziehen, und doch kann, re non secuta, die Klage auf Zurückforderung des Gegebenen gegründet seyn. Z. B. der Erbe oder Legatar giebt einem Dritten Geld, um dadurch einer ihm aufgelegten Bedingung zu genügen, unter welcher ihm die Erbschaft oder das Legat hinterlassen worden ist; er erhält aber nachher die Erbschaft oder das Legat nicht, entweder weil das Testament für falsch oder für pflichtwidrig erklärt worden ist, oder weil er die Erbschaft oder das Legat nachher ausgeschlagen hat. Hier kann das, was zur Erfüllung der Bedingung gegeben worden ist, zurückgefordert werden. Es muß nur dem Kläger keine unerlaubte Handlung zur Last fallen, warum er den ihm unter der erfüllten Bedingung zugedachten Vortheil nicht erhielt. Die hierher gehörigen Stellen sind

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Si parendi conditioni causa, tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere [31]).

L. 2.

donaverit, ne alienaret: alienatio quidem iure prohibita non est, Qui autem alienavit, condictione tenetur. Wegen des Veräusserten kann nun aber freylich die Klage nur auf den Werth der Sache gerichtet werden. CUJAZ in Recitatt. solemnib. in Cod. ad h. L. 3. sagt: *Condemnatio autem fiet non in fundum, quem non habes, sed in aestimationem, lis aestimabitur: alienatio autem non fiet irrita. L. 135. §. 3. D. de Verb. obligat* S. auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XII. not. k. pag. 364. und *Henr.* CARRARD Diss. de pacto de non alienando. praes. *Christ.* GMELIN def. *Tubingae 1789.* §. 20. Zuweilen ist jedoch die Veräusserung nichtig. *L.* 1. *Cod. de donat. quae sub modo.*

31) Man könnte hier einwenden, daß der Erbe durch Erfüllung der Bedingung schon seine Absicht erklärt habe, daß er die

L. 2. *D. eodem.* Sed et si falsum testamentum sine scelere eius, qui dedit, vel inofficiosum pronunciatum sit, veluti causa non secuta, decem repetentur [32]).

4) Der Zweck muß bestimmt seyn, und dessen Erfüllung für den Geber ein Interesse haben [33]). Hatte sich der Geber über die Absicht, warum er dem Andern Etwas gab, nicht bestimmt geäussert, so wird eine unbedingte Schenkung angenommen, und die Zurückforderung fällt weg, wofern sich nicht etwa die Absicht des Gebers aus der Natur des Geschäfts erklären läßt. Folgende Stellen werden diese Sätze bestätigen und zugleich erläutern:

L. 3. §. 7. *D. h. t.* Constat, eum, qui dedit, ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret,

Erbschaft annehmen wolle, und also keine Repudiation weiter Statt haben könne. Allein die Erfüllung der Bedingung ist noch nicht die Annehmung der Erbschaft selbst, sondern setzt den Erben nur erst in den Stand, die Erbschaft antreten zu können. Er kann sie also auch noch ausschlagen. *L.* 13. *L.* 26. *D. de condition. institut.* Mit Recht sagt daher POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XV. not. e. *Parendo conditioni, voluisse me non tam mihi acquiri, quam mihi deferri hereditatem aut legatum: ut postea possem, prout mihi conveniens esse existimarem, aut acquirere aut repudiare.*

32) Hier war zwar die Antretung der Erbschaft schon geschehen, allein ist das Testament falsch, so war sie gleich anfangs nichtig. *L.* 1. *D. de heredit. petit.* ist es pflichtwidrig, so wird sie für nicht geschehen gehalten. *L.* 21. §. 2. *D. de inoff. testam.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 2. D. h. t. pag. 435. sq.

33) S. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 6. sqq. et cap. 3. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXXII. Th. 4.

maret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum.

L. 7. Cod. eodem. Si repetendi, quod donatus uxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitatę provocare proposueras, nullam addidisti conditionem, remanet integra donatio: cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur.

Beyspiele von einer causa tacite subintellecta geben die Bestellung eines Brautschatzes, und die Bezahlung einer Schuld an einen falschen Procurator des Gläubigers. Denn jene hat die Schliessung einer Ehe, letztere die Liberation des Schuldners zum Zweck. Erfolgt nun jene nicht, oder genehmiget in dem letztern Falle der Gläubiger die Handlung des falschen Sachwalters nicht; so findet eine Zurückforderung des Gegebenen Statt, wenn auch weder die Schliessung der Ehe, noch die Ratihabition des Gläubigers zur ausdrücklichen Bedingung war gemacht worden. Denn beydes liegt schon in der Natur der Sache [34]).

Daß hingegen die Condiction wegfällt, wenn der Geber bey der Erfüllung der causa nicht interessirt ist, lehrt Ulpian, wenn er *L. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor.* sagt: Quum quis acceperit, *ut in suo aedificet*, condici id ei non potest, quia magis donari ei videtur. Quae sententia NERATII quoque fuit: ait enim, *datum ad villam exstruendam, vel agrum serendum, quod alio-*

34) S. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II cap. 3. et in (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 124. sqq.) und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 294.

actio stricti iuris sey. Allein dieser Meynung widerspricht Paulus, welcher *L.* 65. §. 4. *D. de condictione indeb.* ausdrücklich sagt: Quod ob rem datur, *ex bono et aequo* habet repetitionem. Es scheint vielmehr gerade die Billigkeit, worauf die Klage gebauet ist, die Gesetzgeber bewogen zu haben, den Beklagten von der Verbindlichkeit zur Zinsenvergütung zu befreyen. Denn es sind nur zwey Fälle denkbar, der Beklagte hat entweder Zinsen erhoben, oder nicht. Im ersten Falle hatte er ja das Geld auf seine Gefahr ausgeliehen, und es ist daher auch billig, daß er die Zinsen behalte [55]), und da ihm das Eigenthum des Geldes war übertragen worden, so konnte er solches auch von Rechtswegen ausleihen. Anderer Meinung ist zwar Cocceji [56]) aus dem Grunde, weil usurae perceptae den Früchten gleich geachtet würden. Er beruft sich deshalb auf die *L.* 34. *D. de usuris*, wo gesagt wird: Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et in tutelae actione, et in caeteris iudiciis bonae fidei servatur. Allein offenbar gehört diese Stelle nicht hieher, sondern redet bloß von den Fällen, wo die Zinsen eben so, wie die Früchte, wegen des Verzugs des Schuldners oder sonst aus Gründen der Billigkeit vom Richter zuerkannt werden können. Daß ausserdem usurae perceptae nicht schlechterdings wie Früchte betrachtet werden können, lehrt Pomponius *L.* 121. *D. de Verb. Significat.* wo er sagt: *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est*:

55) *L.* 67. §. 1. *D. pro Socio. L.* 10. §. 8. *D. Mandati. L.* 62. *D. de Rei vindic.*

56) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione [57]). In dem oben angegebenen letzten Falle hingegen, da der Beklagte von dem empfangenen Gelde keinen weitern Vortheil gehabt hat, ist vollends kein Grund vorhanden, aus welchem Zinsen gefordert werden könnten, sofern nicht dem Beklagten bey der Restitution des Empfangenen ein Verzug zur Last fällt. Nam in bonae fidei iudiciis ex mora usurae debentur [58]). Aus der stillschweigenden Convention, woraus die Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Empfangenen, wegen nicht erfolgter Gegenleistung, hergeleitet wird, läßt sich wenigstens kein Grund hernehmen, aus welchem der Beklagte zu einer Vergütung der Zinsen verurtheilt werden könne, cum usurae non natura, sed iure percipiantur [59]).

Ist die gegebene Sache durch des Beklagten Schuld zu Grunde gegangen, so kann deren Werth gefordert werden [60]).

Daß übrigens die Klage auf die Erben gehet, leidet keinen Zweifel [61]).

§. 823.

57) S. *Io.* GOEDDAEI Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 121. cit. pag 859.

58) *L.* 32. §. 2 *D. de usuris.* S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 13. not. c.

59) *L.* 62. *D. de Rei vindicat.*

60) *L.* 15. *D. h. t. iunct. L.* 65. §. 6. *D. de condict. indeb.* S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad h. Tit. Dig. Cap. 6. *Operum* pag. 900. und *van* NECK cit. Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. in fine.

61) L. 2. *et* 3. *Cod. de condict. ob caus. dator.*

§. 823.

Fälle, wo die Condictio c. d. c. n. f. nicht Statt findet.

Die Condictio ob causam datorum fällt weg,

1) wenn der Gebende einen unerlaubten Zweck zu erreichen suchte. Z. B. Es hat jemand, um eine Erbschaft antreten zu können, einem Dritten Etwas gegeben, weil er unter dieser Bedingung zum Erben eingesetzt worden ist. Er behält aber die Erbschaft nicht, weil bewiesen wurde, daß das Testament auf eine betrügerische Art von ihm erschlichen worden sey. Hier kann er das zur Erfüllung der Bedingung Gegebene nicht zurückfordern. Auf diesen Fall deutet ohne Zweifel die *L. 2. D. h. t.* hin, wo Hermogenian sagt: Sed et si falsum testamentum *sine scelere eius, qui dedit*, vel inofficiosum pronunciatum sit, veluti causa non secuta, decem repetentur; und Joseph Finestres [62]) erklärt diese Stelle ganz richtig, wenn er daraus folgenden Satz ableitet: *Itaque si heres, qui conditionis implendae causa dedit, testamentum confinxerit, falsisque testibus signandum curaverit, aut ipse sua manu exheredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscripserit, aut posterius testamentum suppresserit, aut celaverit, ut solum appareret prius, in quo ipse institutus erat, aut denique simile quid fecerit, vel faciendum curaverit, quod vindicatur Lege Cornelia de falsis, L. 2. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. et passim Tit. de Lege Cornel. de fals. condictionem datorum non habebit: nam cum turpis sit datio eius pecuniae, quam dolo malo dedit, quo fieri heres posset ex falso testamento; merito inhibetur repetitio, tametsi eius quo-*

que,

62) In Hermogenian. ad h. L. 2. pag. 436.

que, qui accepit, versaretur turpitudo. L. 3. §. 8. *D. de condict. ob turp. caus. L. ult. D. de condict. sine causa.*

2) Wenn der Geber selbst daran Schuld war, daß der Zweck auf Seiten des Empfängers nicht erfüllet wurde. Z. B. es ist ein Heyrathsgut in Rücksicht einer künftigen Ehe gegeben, oder einem Schuldner in dieser Rücksicht von seiner Gläubigerin die Schuld erlassen worden; sie hat sich aber nachher mit einem andern verheyrathet. Hier findet keine Zurückforderung Statt. Wo jedoch das römische Recht die Condiction aus bloßer Reue gestattet, welches aber freylich bey der dotis datio nie der Fall war [63]), da kommt es auf die bloße Bereitwilligkeit des Beklagten, die Gegenleistung zu erfüllen, nicht an, sondern die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen ist gegründet, sobald der Geber seine Sinnesänderung erklärt hat, wenn gleich der Beklagte schon Anstalten zur Erfüllung gemacht haben sollte, und der Kläger ist blos zur Schadloshaltung des Beklagten verbunden [64]). Z. B. wenn A dem B eine gewisse Summe gegeben hätte, um für ihn eine Reise zu machen, B auch schon alles Erforderliche veranstaltet, und sich Kosten gemacht hätte; so kann dennoch A, wenn er sich nachher anders besinnt, die Reise absagen, und das Gegebene zurückfordern, er muß nur dem B. die bereits gemachten Kosten vergüten [65]). Nur dann wird dem Geber

63) L. 8. *D. h. t. L.* 15. *Cod. de donat. ante nupt.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap. 23.

64) *L.* 5. *pr. et* §. 1. *D. h. t. de* RETES Opuscul. Lib. II. Sect. III. cap. 3. nr. 7. sqq.

65) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1368. Nr. 8.

ber. die Klage abgesprochen, wenn die von dem Empfänger gemachten Verwendungen dem Empfangenen gleich kommen [66]). Zuweilen kann sogar der Grund der causae non secutae in der eigenen Handlung des Gebers liegen, und doch eine Zurückforderung des Gegebenen Statt finden, wenn nämlich diese Handlung blos von seiner Willkühr abhieng, und nur das Geben die Bedingung war, um diese Handlung vornehmen zu können. Z. B. Der Erbe giebt einem Dritten eine Summe Geld, um eine Bedingung zu erfüllen, unter welcher ihm eine Erbschaft hinterlassen worden ist, die er anders nicht antreten und erhalten kann. Er schlägt aber dennoch nachher die Erbschaft aus, so kann er das Gegebene zurückfordern, wenn es auch gleich blos an ihm lag, daß er die Erbschaft nicht erhielt [67]). Aus allem gehet also so viel hervor, daß in dem Falle, da der Geber selbst die Realisirung der causa hinderte, die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen nur alsdann wegfällt, wenn der Geber selbst zur Beförderung des Zwecks rechtlich verbunden war [68]), oder das Gegebene blos der Sinnesänderung wegen nicht zurück gefordert werden konnte.

3) Wenn die gegebene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist.

4) Wenn unter der Bedingung einer Gegenleistung ein Factum geleistet worden ist. Hier kann bloß auf Erfüllung oder Leistung des Interesse geklagt werden, und zwar mit der actio in factum praescriptis verbis, oder auch

66) *L.* 5. *D. h. t.*

67) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* S. de RETES Opusc. Lib. II. Sect. III. cap. II. nr. 2.

68) S. DONELLUS in Commentar. cit. loc. pag. 717.

auch mit der actio doli, wenn ein offenbarer dolus vorhanden ist, welche sodann jener Klage vorgezogen werden muß[69].

5) Wenn dem Empfänger die Gegenleistung unmöglich ist. Dictam legem donationi, sagt *L.* 8. *Cod. de condict. ob causam dator.* si non impossibilem contineat causam, ab eo, qui hanc suscepit, non impletam, condictioni facere locum, iuris dictat disciplina[70]. Doch fällt hier die Condiction nicht schlechterdings weg, sondern es ist zu unterscheiden. Die Unmöglichkeit war entweder

I.) gleich Anfangs vorhanden. Hier kommt es wieder darauf an,

a) ob der Gebende das Hinderniß wußte. Dann findet die Condiction nicht Statt, weil anzunehmen ist, der Gebende habe schenken wollen[71]). Von diesem Falle erklärt man die angeführte *L.* 8. *Cod. h. t.*[72]).

b) Dem

69) *L.* 5. §. 3. *L.* 15. *in fin. D. de praescript. verb.* verglichen mit *L.* 2. *D. eodem.* *L.* 6. *Cod. de Transact.* S. BÖHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IX. §. 12. et 13.

70) In den *Basilicis* Lib. XXIV. Tit. 1. Constit. 36. bey FABROT. Tom. III. pag. 505. heißt es: Τὸ δοθὲν ἐπὶ αἰτίᾳ μὴ ἀδυνάτῳ τῆς αἰτίας μὴ προβαινούσης ἀντιςρέφεται. i. e. *Quod donatur sub causa non impossibili, causa non secuta repetitur.*

71) *L.* 53. *D. de Reg. iuris.* Einen andern Grund giebt *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. an, nämlich quia causa habetur pro praestita. Allein wollte man diesen Grund annehmen, so würde es darauf nicht weiter ankommen, ob der Geber die Unmöglichkeit gewußt habe, oder nicht.

72) S. DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 23. pag. 716. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. *de* RETES

 Opusc.

b) Dem Geber war das Hinderniß unbekannt, oder er hielt wenigstens die Realisirung der Causa unter gewissen Umständen für möglich. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden, wenn auch die Gegenleistung wegen eines gesetzlichen Verbots nicht möglich war; wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 1. Cod. de cond. ob caus. dator. Pecuniam, quam te ob dotem accepisse pacto interposito, (ut fieri, cum iure matrimonium contrahitur, adsolet) proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonio, iure condictionis restituere debes: et pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet.

L. 5. Cod. eodem. Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti: quicquid ob causam datum est, causa non secuta, restitui tibi competens iudex curae habebit.

Es erhellet aus diesen Stellen, daß es darauf nicht ankommt, ob die Unwissenheit in Ansehung des Hindernisses das Recht selbst, oder das Factum betrift. Denn das Gesetz macht keinen Unterschied. Anderer Meinung ist zwar Voet [73]). Dieser unterscheidet nämlich, wenn die causa auf Seiten des Empfängers wegen eines gesetzlichen Verbots nicht möglich war, ob der Geber das gesetzliche Verbot selbst nicht kannte, oder ob ihm blos das factische Ver-

Opuscul. Lib. II. Sect. II. cap. IX. nr. 5. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 140. MALBLANC Digest. h. t. P. II. §. 485.

73) Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

Verhältniß der Personen unbekannt war, welche das Verbot angehet. Im ersten Falle finde keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, weil die Unwissenheit des Rechts immer demjenigen zur Last falle, der etwas vermöge derselben gegeben hat, ohne das Gegebene zurückfordern zu können [74]). In dem andern Falle hingegen sey die Condiction begründet, und von diesen Fällen erklärt er die beyden oben angegebenen Gesetze. Allein die *L.* 10. *C. de iur. et facti ignor.* redet von der Bezahlung einer Nichtschuld. Nun lassen sich aber die Grundsätze von der condictio indebiti hier nicht anwenden, wo von einer datio ob causam futuram die Rede ist, wenn man auch ganz davon absieht, daß es selbst bey der condictio indebiti Fälle giebt, wo die Unwissenheit des Rechts der Zurückforderung der Nichtschuld nicht entgegensteht [75]). Schon selbst die *L.* 9. *D. de iuris et facti ignor.* worauf sich **Voet** beruft, sagt ausdrücklich, daß es Personen gebe, denen die Unwissenheit des positiven Rechts nichts schade, wenn sie dadurch einen Verlust an ihrem Vermögen leiden würden: z. B. Frauenspersonen, Minderjährige und Soldaten. Hierzu kommt nun noch der Ausspruch **Papinians**, welcher *L.* 7. *D. de iuris et facti ignor.* die Regel giebt: Iuris ignorantia *suum petentibus* non nocet; diese Regel findet aber hier um so mehr Anwendung, da sie mit der Billigkeit übereinstimmt, welche die Gesetze bey dieser Klage hauptsächlich zum Maasstabe angenommen haben. Es muß nur aber freylich die Unwissenheit keine grobe und affectirte seyn [76]).

 Noch

74) Arg. *L.* 10. *Cod. de iuris et facti ignor.* et *L.* 9. *D. eodem.*
75) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3088.
76) *L.* 6. *L.* 9. §. 2. et 3. *D. de iuris et facti ignor.*

Noch weniger läßt sich jedoch die Meinung des Cocceji [77]) rechtfertigen, welcher auch nicht einmal in dem Fall die Condiction gestatten will, wo der Geber nicht gewußt hat, daß die Gegenleistung in facto unmöglich sey, sofern dem Empfänger dabey keine Schuld zur Last fällt. Denn die *L.* 10. *Cod. h. t.* worauf er seine Meinung gründet, gehört offenbar nicht hierher, sondern redet von einem besondern Falle, wo durch Zufall die Gegenleistung war verhindert worden [78]). Ob übrigens der Empfänger die Unmöglichkeit der causa gewußt habe, oder nicht, darauf kommt nichts an; so wie es denn auch in Absicht auf die Begründung der Klage keinen Unterschied macht, ob die Erfüllung der causa wegen ihrer Unmöglichkeit ganz unterblieb, oder der Versuch, sie zu erfüllen, ohne Wirkung war. Beydes erläutert Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* durch folgendes Beyspiel: Si liber homo, *qui bona fide serviebat*, mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam, et fecero; postea liber probatus, an mihi condicere possit, quaeritur? et IULIANUS *libro XI. Digestorum* scribit, competere manumisso repetitionem. NERATIUS etiam *libro Membranarum* refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetiisse per iudicem: *nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset.* Hier war nun zwar die Manumission erfolgt, man hätte also glauben sollen, die condictio ob causam datorum sey hier nicht begründet. Denn die Gesetze halten ja auch bey letzten Willensverordnungen die Bedingung der Manumission für erfüllt, wenn sie

77) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

78) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. u. Tom. II. p. 184.

sie gleich an sich eine ganz vergebliche Handlung gewesen wäre. Genug, wenn sie nach dem Willen des Erblassers geschehen ist [79]. Warum sollte es bey Verträgen anders seyn? Allein es ist hier nicht gleicher Grund vorhanden. Bey den letzten Willensverordnungen ist es genug, wenn dem Willen des Erblassers ein Genüge geschieht, es geschehe mit oder ohne Wirkung [80]. Allein einen Contract pflegt man nicht um einer vergeblichen Handlung willen zu schliessen, noch dem Andern deshalb etwas zu geben [81].

II.) Ist hingegen die Unmöglichkeit der Gegenleistung erst in der Folge eingetreten, so war entweder

a) der Empfänger selbst daran Schuld. Hier kann das Gegebene condicirt werden. Advocationis causa datam pecuniam, sagt *L.* 11. *Cod. de condict. ob causam dator,* si per eos, qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse convenit. Oder

b) die Gegenleistung ist durch einen Zufall gehindert worden. Hier ist es streitig, ob die Zurückforderung des Gegebenen Statt finde. Einige [82] läugnen dieses, und berufen sich auf die *L.* 10. *Cod. h. t.* wo gesagt wird: Pe-

 cuniam

79) *L.* 20. §. 1. *D. de condit. institut.*

80) *L.* 55. *D. de condit. et demonstrat.*

81) S. *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 8. nr. 2. et 3. (bey MEERMAN Tom. 17. pag. 136.)

82) *Barthol.* CHESIUS Differentiar. iuris cap. 51. nr. 1. (in Iurisprud. Rom et Attic. Tom. II. pag. 783.) und *Guil.* RANCHINUS variar. Lection. Lib. III. cap. 8. in *Io. Herm.* SCHMINCKII *Syntagm. crit. varior. Auctor.* pag. 83. sq.

cuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed *fortuito casu* non est secuta, *minime repeti posse*, certum est. Andere[83]) hingegen nehmen die entgegengesetzte Meinung zur Regel an, und gründen sich auf die *L.* 5. und *L. ult. D. h. t.* Die widerstreitenden Gesetze hingegen erklären sie bloß von Ausnahmen. Noch andere[84]) unterscheiden zwischen der Condictio ob causam non secutam, und ex causa poenitentiae. Erstere falle weg, wenn es nicht an dem Empfänger gelegen, daß die Gegenleistung nicht erfolgte, letztere aber habe ohne Unterschied Statt, die Gegenleistung möge durch des Empfängers Schuld, oder durch Zufall gehindert worden seyn. Sie glauben dieser Unterschied sey in der *L.* 3. §. 3. und *L.* 5. *pr. D. h. t.* klar gegründet, und so könnten die sich widerstreitenden Gesetze leicht vereiniget werden. Allein die angeführten Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Es ist die nämliche Condiction, welche ob causam non secutam und ex capite poenitentiae angestellt wird, wie auch schon Retes[85]) bemerkt hat. Man hat nur den Zweifelsgrund, den Ulpian doch in der *L.* 5. *pr. D. h. t.* in den Worten: cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare, so deutlich ausdrückt, mit dem Entscheidungsgrunde verwechselt, ohne sich zu erinnern, daß diese

83) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 486.

84) *Iac.* CUJACIUS Recitat. in L. 1. Cod. de condict. ob caus. dator. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3096.

85) Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 7. nr. 9. und Sect. III. cap. 3. nr. 6.

diese Stelle aus Ulpians libris Disputationum entlehnt sey. Daher wollen Andere[86]) vielmehr unterscheiden, ob sich der Empfänger zum Schaden des Gebers bereichern würde, wenn er das Empfangene behielte, oder nicht, im ersten Falle finde die Zurückforderung des Gegebenen Statt, in letzterm Falle aber nicht. Vergleichen wir alle die hierüber in dem römischen Rechte vorhandenen Gesetze, so handeln sie, wie auch Struv[87]) sehr richtig eingesehen hat, eigentlich von zwey Fällen, nämlich

α) wenn sich der Empfänger zur Leistung eines Factums verpflichtet hat, und diese durch Zufall unmöglich wird. Hier kann man als Regel annehmen, daß das Gegebene zurückgefordert werden könne, soweit der Empfänger dadurch bereichert ist, ohne Unterschied, der Casus habe die Person des Empfängers betroffen, oder den Gegenstand der Leistung. Diese Regel hat ihren Grund in der eigenen Natur der ungenannten Contracte. Die Gesetze gehen zwar zunächst von dem Grundsatz aus, daß bey diesen Contracten, die durch eine datio ihre Existenz erhalten, die bloße Sinnesänderung demjenigen, welcher den Contract erfüllet hat, ein Recht gebe, davon wieder abzugehen. Allein es läßt sich bey diesen Contracten das Recht zur Zurückforderung des Gegebenen auch aus dem natürlichen Grund rechtfertigen, weil hier die datio immer unter der Voraussetzung geschieht, daß von Seiten des Empfängers die Gegenleistung erfolge, wie ich schon bey einer andern

 Gelegen-

86) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLII. Th. 9.

87) Syntagm. Iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 10.

Gelegenheit gezeigt habe [88]). Es finden jedoch folgende Ausnahmen Statt.

aa) Wenn der Geber bey der Leistung des Factums kein weiteres pecuniäres Interesse hatte, sondern ihm blos darum zu thun war, daß sein Wille binnen einer bestimmten Zeit erfüllet werde. Hier fällt die Zurückforderung weg, wenn der Zufall noch vor dem Ablauf dieser Zeit die Leistung des Factums, wozu der Empfänger bereit war, unmöglich machte. Ein anders wäre, wenn der Zufall erst nach Ablauf dieser Zeit sich ereignet hätte. Hierher gehört folgende Gesetzstelle.

L. 3. §. 3. *D. h. t.* Quid si ita dedi, *ut intra certum tempus manumittas?* Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit. *Sed si Stichus decesserit*, an repeti, quod datum est, possit? PROCULUS ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: *si minus, cessare.*

Ulpian behauptet sogar, daß in diesem Falle die bloße Bereitwilligkeit, das Factum zu leisten, der causae secutae dergestalt gleichzuachten sey, daß wenn auch deswegen nichts gegeben, sondern blos Etwas versprochen worden sey, mit der actio in factum auf die Erfüllung des Versprechens geklagt werden könne. Quin imo, sagt er §. 4. der angeführten *L.* 3. *h. t.* etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, *ultro tibi*

com-

88) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. a. S. 372. ff.

competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem [89]), defuncto quoque eo.

bb) Wenn der Empfänger, um das versprochene Factum zu realisiren, bereits einen dem Empfangenen gleichkommenden Aufwand gemacht hat. Hier findet keine Zurückforderung Statt. Ist der Aufwand so beträchtlich nicht, so ist zwar die Condiction begründet, jedoch kann der Empfänger dem Kläger die bereits gehabten Unkosten anrechnen, wie folgende Gesetzstelle beweißt.

L. 5. pr. D. h. t. Si pecuniam ideo acceperis, *ut Capuam eas*, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficisceréris: an condici possit, videndum? Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. Sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est: nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc caussam pecuniam. *Nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas*

89) Cujaz hält die Worte id est, condictionem für ein Glossem, Anton Faber aber in Rational. den ganzen §. 4. für einen Tribonianismus. Andere hingegen erklären diese Stelle von einer Stipulation, z. B. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Cap. 61. nr. 8. Alle diese Meinungen hat jedoch *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap 9. nr. 9. und Sect. II. cap. 7. nr. 3. sqq. widerlegt. Die Condictio, von welcher hier Ulpian redet, ist unstreitig die condictio certi, wie aus *L. 9. D. de reb. credit.* erhellet, wo gesagt wird: *Certi condictio* competit ex omni caussa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur, sive *ex incerto.*

habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti.

cc) Wenn die Erfüllung des Contracts selbst den Zufall, wodurch die Gegenleistung unmöglich geworden ist, veranlaßt hat.

L. 5. §. 3. *D. h. t.* Sed si accepit pecuniam, *ut servum manumittat*, isque fugerit prius, quam manumittatur, videndum, an condici possit, quod accepit? *Et siquidem distracturus erat hunc servum, et propter hoc non distraxit;* quod acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici. — Quodsi distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitui; *nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset*, ut manumitteret: tunc enim non est aequum, eum et servo et toto pretio carere.

L. 5. §. 4. *D. eod.* Sed ubi accepit, *ut manumitteret*, deinde servus decessit: si quidem moram fecit manumissioni; consequens est, ut dicamus, refundere eum, quod accepit. *Quodsi moram non fecit, sed, cum profectus esset ad Praesidem, vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse usurus, oportere dici, nihil eum refundere debere*: enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, et si non accepisset, ut manumitteret; *nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel*

vehi-

vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Endlich

dd) wenn einem Advocaten die Belohnung für die Führung eines Processes voraus bezahlt worden, so findet keine Zurückforderung Statt, wenn dieser vor Beendigung der Sache stirbt; welches unstreitig in einer besondern Begünstigung seinen Grund hat, wenn gleich in den Gesetzen ein allgemeiner Grund angegeben wird.

L. 38. §. 1. *D. locati.* Advocati quoque, *si per eos non steterit,* quominus causam agant, honoraria reddere non debent.

L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* Divus *Severus* ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti: *quia per ipsum non steterat*, quominus causam ageret.

Daß diese Verordnung von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, erhellet ganz klar aus *L.* 15. §. 6. *D. Locati,* wo es heißt: Cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua [90]) acceperat, repeteretur [91]); rescriptum est ab *Antonino* Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. *Quod in omnibus personis similiter observandum est.*

Nun

90) Die Haloandrine lieset pro invecto nauta. Allein die florentinische Leseart hat aus den Basiliken und dem Harmenopulus vertheidiget. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. s. Disputat. hebdomadal. ad Pand. Diss. XVII. § 9.

61) Haloander lieset *repeteret.*

habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti.

cc) Wenn die Erfüllung des Contracts selbst den Zufall, wodurch die Gegenleistung unmöglich geworden ist, veranlaßt hat.

L. 5. §. 3. *D. h. t.* Sed si accepit pecuniam, *ut servum manumittat*, isque fugerit prius, quam manumittatur, videndum, an condici possit, quod accepit? *Et siquidem distracturus erat hunc servum, et propter hoc non distraxit;* quod acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici. — Quodsi distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitui; *nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset*, ut manumitteret: tunc enim non est aequum, eum et servo et toto pretio carere.

L. 5. §. 4. *D. eod.* Sed ubi accepit, *ut manumitteret*, deinde servus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus, refundere eum, quod accepit. *Quodsi moram non fecit, sed, cum profectus esset ad Praesidem, vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse usurus, oportere dici, nihil eum refundere debere*: enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, et si non accepisset, ut manumitteret; *nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel*

vehi-

vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Endlich

dd) wenn einem Advocaten die Belohnung für die Führung eines Processes voraus bezahlt worden, so findet keine Zurückforderung Statt, wenn dieser vor Beendigung der Sache stirbt; welches unstreitig in einer besondern Begünstigung seinen Grund hat, wenn gleich in den Gesetzen ein allgemeiner Grund angegeben wird.

L. 38. §. 1. *D. locati.* Advocati quoque, *si per eos non steterit,* quominus caufam agant, honoraria reddere non debent.

L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* Divus *Severus* ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti: *quia per ipsum non steterat*, quominus caufam ageret.

Daß diese Verordnung von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, erhellet ganz klar aus *L.* 15. §. 6. *D. Locati*, wo es heißt: Cum quidam nave amiffa vecturam, quam pro mutua [90]) acceperat, repeteretur [91]); refcriptum eft ab *Antonino* Augufto, non immerito Procuratorem Caefaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non fit. *Quod in omnibus perfonis similiter obfervandum eft.*

Nun

90) Die Haloandrine liefet pro invecto mutua. Allein die florentinische Lesart hat aus den Basiliken und dem Harmenopulus vertheidiget. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. f. Difputat. hebdomadal. [illegible] Pand. Diff. XVII. § 3.

61) Haloander [illegible]

Noch weniger läßt sich jedoch die Meinung des Cocceji[77]) rechtfertigen, welcher auch nicht einmal in dem Fall die Condiction gestatten will, wo der Geber nicht gewußt hat, daß die Gegenleistung in facto unmöglich sey, sofern dem Empfänger dabey keine Schuld zur Last fällt. Denn die *L.* 10. *Cod. h. t.* worauf er seine Meinung gründet, gehört offenbar nicht hierher, sondern redet von einem besondern Falle, wo durch Zufall die Gegenleistung war verhindert worden[78]). Ob übrigens der Empfänger die Unmöglichkeit der causa gewußt habe, oder nicht, darauf kommt nichts an; so wie es denn auch in Absicht auf die Begründung der Klage keinen Unterschied macht, ob die Erfüllung der causa wegen ihrer Unmöglichkeit ganz unterblieb, oder der Versuch, sie zu erfüllen, ohne Wirkung war. Beydes erläutert Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* durch folgendes Beyspiel: Si liber homo, *qui bona fide serviebat*, mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam, et fecero; postea liber probatus, an mihi condicere possit, quaeritur? et IULIANUS *libro XI. Digestorum* scribit, competere manumisso repetitionem. NERATIUS etiam *libro Membranarum* refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetiisse per iudicem: *nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset.* Hier war nun zwar die Manumission erfolgt, man hätte also glauben sollen, die condictio ob causam datorum sey hier nicht begründet. Denn die Gesetze halten ja auch bey letzten Willensverordnungen die Bedingung der Manumission für erfüllt, wenn sie

77) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

78) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. u. Tom. II. p. 184.

sie gleich an sich eine ganz vergebliche Handlung gewesen wäre. Genug, wenn sie nach dem Willen des Erblassers geschehen ist [79]. Warum sollte es bey Verträgen anders seyn? Allein es ist hier nicht gleicher Grund vorhanden. Bey den letzten Willensverordnungen ist es genug, wenn dem Willen des Erblassers ein Genüge geschieht, es geschehe mit oder ohne Wirkung [80]. Allein einen Contract pflegt man nicht um einer vergeblichen Handlung willen zu schliessen, noch dem Andern deshalb etwas zu geben [81].

II.) Ist hingegen die Unmöglichkeit der Gegenleistung erst in der Folge eingetreten, so war entweder

a) der Empfänger selbst daran Schuld. Hier kann das Gegebene condicirt werden. Advocationis causa datam pecuniam, sagt *L.* 11. *Cod. de condict. ob causam dator*, si per eos, qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse convenit. Oder

b) die Gegenleistung ist durch einen Zufall gehindert worden. Hier ist es streitig, ob die Zurückforderung des Gegebenen Statt finde. Einige [82]) läugnen dieses, und berufen sich auf die *L.* 10. *Cod. h. t.* wo gesagt wird: Pecuniam

79) *L. 20. §. 1. D. de condit. institut.*

80) *L. 55. D. de condit. et demonstrat.*

81) S. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 8. nr. 2. et 3. (bey MEERMAN Tom. 17. pag. 136.)

82) *Barthol.* CHESIUS Differentiar. iuris cap. 51. nr. 1. (in Iurisprud. Rom et Attic. Tom. II. pag. 783.) und *Guil.* RANCHINUS variar. Lection. Lib. III. cap. 8. in *Io. Herm.* SCHMINCKII *Syntagm. crit. varior. Auctor.* pag. 93. sq.

cuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed *fortuito casu* non est secuta, *minime repeti posse*, certum est. Andere [83]) hingegen nehmen die entgegengesetzte Meinung zur Regel an, und gründen sich auf die *L.* 5. und *L. ult. D. h. t.* Die widerstreitenden Gesetze hingegen erklären sie bloß von Ausnahmen. Noch andere [84]) unterscheiden zwischen der Condictio ob causam non secutam, und ex causa poenitentiae. Erstere falle weg, wenn es nicht an dem Empfänger gelegen, daß die Gegenleistung nicht erfolgte, letztere aber habe ohne Unterschied Statt, die Gegenleistung möge durch des Empfängers Schuld, oder durch Zufall gehindert worden seyn. Sie glauben dieser Unterschied sey in der *L.* 3. §. 3. und *L.* 5. *pr. D. h. t.* klar gegründet, und so könnten die sich widerstreitenden Gesetze leicht vereiniget werden. Allein die angeführten Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Es ist die nämliche Condiction, welche ob caussam non secutam und ex capite poenitentiae angestellt wird, wie auch schon Retes [85]) bemerkt hat. Man hat nur den Zweifelsgrund, den Ulpian doch in der *L.* 5. *pr. D. h. t.* in den Worten: cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare, so deutlich ausdrückt, mit dem Entscheidungsgrunde verwechselt, ohne sich zu erinnern, daß diese

83) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 486.

84) *Iac.* CUJACIUS Recitat. in L. 1. Cod. de condict. ob caus. dator. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3096.

85) Opusculor. Lib. III. Sect. II. cap. 7. nr. 9. und Sect. III. cap. 3. nr. 6.

diese Stelle aus Ulpians libris Disputationum entlehnt sey. Daher wollen Andere[86]) vielmehr unterscheiden, ob sich der Empfänger zum Schaden des Gebers bereichern würde, wenn er das Empfangene behielte, oder nicht, im ersten Falle finde die Zurückforderung des Gegebenen Statt, in letzterm Falle aber nicht. Vergleichen wir alle die hierüber in dem römischen Rechte vorhandenen Gesetze, so handeln sie, wie auch Struv[87]) sehr richtig eingesehen hat, eigentlich von zwey Fällen, nämlich

α) wenn sich der Empfänger zur Leistung eines Factums verpflichtet hat, und diese durch Zufall unmöglich wird. Hier kann man als Regel annehmen, daß das Gegebene zurückgefordert werden könne, soweit der Empfänger dadurch bereichert ist, ohne Unterschied, der Casus habe die Person des Empfängers betroffen, oder den Gegenstand der Leistung. Diese Regel hat ihren Grund in der eigenen Natur der ungenannten Contracte. Die Gesetze gehen zwar zunächst von dem Grundsatz aus, daß bey diesen Contracten, die durch eine datio ihre Existenz erhalten, die bloße Sinnesänderung demjenigen, welcher den Contract erfüllet hat, ein Recht gebe, davon wieder abzugehen. Allein es läßt sich bey diesen Contracten das Recht zur Zurückforderung des Gegebenen auch aus dem natürlichen Grund rechtfertigen, weil hier die datio immer unter der Voraussetzung geschieht, daß von Seiten des Empfängers die Gegenleistung erfolge, wie ich schon bey einer andern

86) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLII. Th. 9.

87) Syntagm. iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 10.

Gelegenheit gezeigt habe [88]). Es finden jedoch folgende Ausnahmen Statt.

aa) Wenn der Geber bey der Leistung des Factums kein weiteres pecuniäres Interesse hatte, sondern ihm blos darum zu thun war, daß sein Wille binnen einer bestimmten Zeit erfüllet werde. Hier fällt die Zurückforderung weg, wenn der Zufall noch vor dem Ablauf dieser Zeit die Leistung des Factums, wozu der Empfänger bereit war, unmöglich machte. Ein anders wäre, wenn der Zufall erst nach Ablauf dieser Zeit sich ereignet hätte. Hierher gehört folgende Gesetzstelle.

L. 3. §. 3. *D. h. t.* Quid si ita dedi, *ut intra certum tempus manumittas?* Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit. *Sed si Stichus decesserit*, an repeti, quod datum est, possit? PROCULUS ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: *si minus, cessare.*

Ulpian behauptet sogar, daß in diesem Falle die bloße Bereitwilligkeit, das Factum zu leisten, der causae secutae dergestalt gleichzuachten sey, daß wenn auch deswegen nichts gegeben, sondern blos Etwas versprochen worden sey, mit der actio in factum auf die Erfüllung des Versprechens geklagt werden könne. Quin imo, sagt er §. 4. der angeführten *L.* 3. *h. t.* etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, *ultro tibi com-*

88) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. a. S. 272. ff.

competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem [89]), defuncto quoque eo.

bb) Wenn der Empfänger, um das versprochene Factum zu realisiren, bereits einen dem Empfangenen gleichkommenden Aufwand gemacht hat. Hier findet keine Zurückforderung Statt. Ist der Aufwand so beträchtlich nicht, so ist zwar die Condiction begründet, jedoch kann der Empfänger dem Kläger die bereits gehabten Unkosten anrechnen, wie folgende Gesetzstelle beweißt.

L. 5. pr. D. h. t. Si pecuniam ideo acceperis, *ut Capuam eas*, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiscereris: an condici possit, videndum? Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. Sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est: nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam. *Nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas*

89) Cujaz hält die Worte id est, condictionem für ein Glossem, Anton Faber aber in Rational. den ganzen §. 4. für einen Tribonianismus. Andere hingegen erklären diese Stelle von einer Stipulation, z. B. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Cap. 61. nr. 8. Alle diese Meinungen hat jedoch *Ios. Fernand. de* RETES Opuscular. Lib. II. Sect. I. cap 9. nr. 9. und Sect. II. cap. 7. nr. 3. sqq. widerlegt. Die Condictio, von welcher hier Ulpian redet, ist unstreitig die condictio certi, wie aus *L. 9. D. de reb. credit.* erhellet, wo gesagt wird: *Certi condictio* competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur, sive *ex incerto.*

habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti.

cc) Wenn die Erfüllung des Contracts selbst den Zufall, wodurch die Gegenleistung unmöglich geworden ist, veranlaßt hat.

L. 5. §. 3. *D. h. t.* Sed si accepit pecuniam, *ut servum manumittat*, isque fugerit prius, quam manumittatur, videndum, an condici possit, quod accepit? *Et siquidem distracturus erat hunc servum, et propter hoc non distraxit;* quod acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici. — Quodsi distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitui; *nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset*, ut manumitteret: tunc enim non est aequum, eum et servo et toto pretio carere.

L. 5. §. 4. *D. eod.* Sed ubi accepit, *ut manumitteret*, deinde servus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus, refundere eum, quod accepit. *Quodsi moram non fecit, sed, cum profectus esset ad Praesidem, vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse usurus, oportere dici, nihil eum refundere debere*: enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, et si non accepisset, ut manumitteret; *nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel*

vehi-

vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Endlich

dd) wenn einem Advocaten die Belohnung für die Führung eines Processes voraus bezahlt worden, so findet keine Zurückforderung Statt, wenn dieser vor Beendigung der Sache stirbt; welches unstreitig in einer besondern Begünstigung seinen Grund hat, wenn gleich in den Gesetzen ein allgemeiner Grund angegeben wird.

L. 38. §. 1. *D. locati.* Advocati quoque, *si per eos non steterit*, quominus causam agant, honoraria reddere non debent.

L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* Divus *Severus* ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti: *quia per ipsum non steterat*, quominus causam ageret.

Daß diese Verordnung von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, erhellet ganz klar aus *L.* 15. §. 6. *D. Locati*, wo es heißt: Cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua [90]) acceperat, repeteretur [91]); rescriptum est ab *Antonino* Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. *Quod in omnibus personis similiter observandum est.*

Nun

90) Die Haloandrine lieset pro invecto nauta. Allein die florentinische Leseart hat aus den Basiliken und dem Harmenopulus vertheidiget. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. s. Disputat. hebdomadal. ad Pand. Diss. XVII. § 9.

91) Haloander lieset *repeteret*.

Nun scheint zwar freylich die oben angeführte *L. 10. Cod. de condict. ob caus. dator.* zu widerstreiten, in welcher es als eine bekannte Wahrheit angenommen wird, daß keine Zurückforderung des Gegebenen Statt finde, *si haec causa, pro qua pecunia data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta.* Allein die Worte: minime repeti posse *certum est*, geben uns den bündigsten Beweis, daß dieses Gesetz nicht als ein correctorisches angesehen werden kann. Das Gesetz ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Da nun die Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nur nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden; so muß dieses Gesetz, um es mit dem Pandecten-Recht zu vereinigen, und diesem gemäß zu erklären [92]), nothwendig von einem solchen Falle verstanden werden, wo aus einem besondern Grunde die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt, und dieses um so mehr, weil hier das den Kaisern vorgelegte Factum ganz weggelassen ist [93]). Nun sind zwar die Rechtsgelehrten über den Fall selbst nicht einverstanden. Hugo Donellus [94]) glaubt, das Wort *causa* sey hier nicht für Zweck, sondern für Proceß zu nehmen, weil es heiße: *causa, pro qua,* (nicht ob quam) *pecunia data est;* wahrscheinlich sey also hier von einer für die Führung eines Processes vorausbe-

zahlten

92) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 38.

93) S. VAN NECK Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. 3. (in *Ger.* OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. T. II. pag. 414.) und EMMINGHAUS ad *Coccesi* ius civ. controv. h. t. Qu. VI. not. n.

94) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21. pag. 713. sq.

zahlten Belohnung die Frage gewesen; weil in diesem Falle aus einer besondern Begünstigung der Advocaten nach den oben angeführten Stellen der Pandecten keine Zurückforderung Statt findet, wenn der Advocat vor Endigung des Processes stirbt. Allein diese Erklärung streitet gegen den Sprachgebrauch. Wäre hier von der Führung eines Processes die Rede gewesen, so hätte es nicht heissen können: *causa non est secuta*, sondern *causa non est acta*, wie sich **Donellus** auch selbst diesen Einwurf gemacht hat. Er versucht daher das Gesetz mit Hülfe einer Emendation noch auf eine andere Art zu erklären. Er lieset nämlich statt *si haec* causa mit **Russard** *licet* causa, und verwandelt das *minime* in *minimum*, so daß nun der Sinn des Gesetzes dahin gehe, wenn Geld zu einem bestimmten Zweck gegeben worden, und dieser nicht erfolgt ist, so könne wenigstens das Gegebene zurück gefordert werden, wenn gleich der Empfänger nicht durch seine Schuld, sondern blos durch Zufall an Erfüllung des Zwecks wäre gehindert worden. Es scheint mir aber dieser Versuch eben so, wie jene erste Erklärung, mißlungen zu seyn. Denn wenn gleich die Leseart *licet*, statt *si haec*, nach **Russards** Zeugniß, die Auctorität mehrerer von ihm verglichener Handschriften für sich hat, und auch noch überdem durch die **Basiliken**[95]) bestärkt werden kann; so läßt sich doch die Ver-

95) Lib. XXIV. Tit. 1. Const. 38. Tom. III. pag. 506. Τὰ δοθέντα χρήματα, ει καί ἡ αἰτία ὑπὲρ ἧς ἐδόθησαν μὴ παρ' αἰτίαν τȣ͂ λαβόντος, ἀλλά κατὰ τύχην ἐνεποδίσθη, ȣ̓κ ἀναλαμβάνονται i. e. *Pecunia data, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu impediatur, non repetitur.*

Verwandlung des negativen Sinnes in einen affirmativen durch Substitution des Worts *minimum* gegen die Auctorität sowohl aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben, als insonderheit der Basiliken durchaus nicht rechtfertigen, wie auch Retes [96]) bemerkt hat. Retes legt dagegen, statt einer Aenderung in den Worten vorzunehmen, gerade auf die Worte: *si haec causa* ein vorzügliches Gewicht, um zu beweisen, daß das Gesetz keine allgemeine Regel enthalte, sondern einen besondern Fall entscheide. Er selbst erklärt nun das Gesetz von dem oben sub litt. aa. angeführten Falle. Noch andere [97]) substituiren den Fall sub. lit. cc. Genug die meisten Rechtsgelehrten sind darin einverstanden, daß das Gesetz von einem der oben ausgenommenen Fälle zu verstehen sey, wo nach bekannten Rechtsgrundsätzen, welche die Kaiser bey ihrer Entscheidung befolgt haben, die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt [98]).

β) Es sollte für das Empfangene eine bestimmte Sache gegeben werden, und diese ist durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden, wie die *L. ult. D. h. t.* ausser allem Zweifel setzt, wo Celsus sagt: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et

96) Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 7. nr. 10. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 133.

97) E. *van* NECK cit. Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. p. 414. und EMMINGHAUS c. l.

98) Vergl. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLII. Th. 9. und den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b. S. 386. Not. 59. a. E.

et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. *Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Nun lehrt zwar Paulus *L.* 5. §. 1. *D. de praescript. verb.* daß derjenige, welcher den Contract seiner Seits erfüllet hat, wegen der als Gegenleistung versprochenen Sache das periculum tragen müsse; woraus denn viele haben schließen wollen, daß das Empfangene auch nicht wieder zurück gefordert werden könne [99]). Allein Paulus redet blos von der actione in factum praescriptis verbis, nicht von der condictione ob causam datorum, und will nur soviel sagen, daß wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne, wenn dieselbe durch einen bloßen Zufall verhindert worden ist [100]), wie aus dem ganzen Zusammenhange der angeführten Gesetzstelle erhellet, welche folgendermaßen lautet: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est. Sin autem rem do, ut rem accipiam: quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, *non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere;* ut si meum recipere

99) *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 8. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag 959.) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLII. Th. 10. THIBAUT Syst. des P. R. 1. Th. §. 175. u. a. m.

100) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* Lib. II. Tract. IV. Qu. 4. pag. 74. und diesen Commentar Th. IV. §. 326. b. Not. 59. S. 385. f.

Verwandlung des negativen Sinnes in einen affirmativen durch Substitution des Worts *minimum* gegen die Auctorität sowohl aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben, als insonderheit der Basiliken durchaus nicht rechtfertigen, wie auch Retes[96]) bemerkt hat. Retes legt dagegen, statt einer Aenderung in den Worten vorzunehmen, gerade auf die Worte: *si haec causa* ein vorzügliches Gewicht, um zu beweisen, daß das Gesetz keine allgemeine Regel enthalte, sondern einen besondern Fall entscheide. Er selbst erklärt nun das Gesetz von dem oben sub litt. aa. angeführten Falle. Noch andere[97]) substituiren den Fall sub. lit. cc. Genug die meisten Rechtsgelehrten sind darin einverstanden, daß das Gesetz von einem der oben ausgenommenen Fälle zu verstehen sey, wo nach bekannten Rechtsgrundsätzen, welche die Kaiser bey ihrer Entscheidung befolgt haben, die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt[98]).

β) Es sollte für das Empfangene eine bestimmte Sache gegeben werden, und diese ist durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden, wie die *L. ult. D. h. t.* ausser allem Zweifel setzt, wo Celsus sagt: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et

96) Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 7. nr. 10. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 133.

97) E. *van* NECK cit. Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. p. 414. und EMMINGHAUS c. l.

98) Vergl. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLII. Th. 9. und den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b. S. 386. Not. 59. a. E.

iniusta causa. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man die *L. 1.* mit *L. 6. et 7. D. h. t.* vergleicht. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [8]) überein. Nur sind die Ideen sehr verschieden, wenn die Frage ist, was unter *causa turpis* und *causa iniusta* zu verstehen sey? Unser **Hellfeld** versteht unter der erstern einen solchen Zweck, welcher das vollkommene Recht des Andern verletzt, unter der letztern aber einen solchen, welcher gegen die Ehrbarkeit und guten Sitten streitet. Andere [9]) nennen *causa turpis*, was die natürlichen oder bürgerlichen Gesetze für schändlich erklären; hingegen *causa iniusta*, was zwar an sich nicht schändlich, aber doch der natürlichen Billigkeit zuwider ist. Die richtigste Erklärung ist wohl die, wenn man unter *causa turpis* dasjenige versteht, was zu einem erst künftig auszuführenden schändlichen oder rechtswidrigen Zweck gegeben worden; hingegen den Ausdruck *causa iniusta* von einer bereits ausgeführten ungerechten Handlung erklärt, wegen welcher Jemand etwas empfieng. Diese Erklärung, welche **Wilhelm Ranchinus** [10]) und **Thibaut** [11]) annehmen, rechtfertiget sich besonders aus folgenden Gesetzstellen.

8) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 4. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 2. et 15. LAUTERBACH Col. leg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. et 14. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 1. sqq. et n. 15. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 486.

9) FRANTZKE c. l. VOET c. l. LAUTERBACH c. l. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 1.

10) Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 974.)

11) Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 966.

cipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stychum mihi dares, periculo meo Stychus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes.* Man muß hier, wie Hugo Donellus [1]) ganz richtig bemerkt, zwey ganz verschiedene Verbindlichkeiten unterscheiden; nämlich die Verbindlichkeit zur Gegenleistung, wegen welcher die actio praescriptis verbis Statt findet, und die Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Empfangenen, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, weshalb die condictio ob rem dati begründet ist. Fällt nun auch gleich jene erstere weg, weil die Gegenleistung durch Zufall unmöglich gemacht wurde; so folgt doch noch nicht, daß auch deswegen die letztere wegfallen müsse. Cum enim duarum rerum diversae actiones sunt, etiam si idem debitor sit; nunquam tamen unius rei liberatione alterius obligatio aut actio consumitur [2]). Der Schade, den der Kläger wegen der nicht erfolgten Gegenleistung leidet, kann immer noch sehr erheblich seyn, wenn ihm auch das Gegebene restituirt werden muß.

§. 824.

Heutiger Gebrauch.

Wenn gleich die condictio causa data, causa non secuta heut zu Tage insofern wegfällt, als sie nach dem Römischen Recht um der bloßen Sinnesänderung willen gestattet wird [3]); so läßt sich doch in den übrigen Fällen der

1) Comm. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21.

2) *L. 7. D. de condict. furt.*

3) *I. H.* BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 22. und *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati novi. Tom.

der Gebrauch derselben mit Grund nicht bezweifeln [4]). Viele [5]) wollen behaupten, daß die Klage heut zu Tage auch auf Zinsen gerichtet werden könne. Allein der Grund, daß diese Condiction bey den Römern keine actio bonae fidei gewesen, wie sie es heut zu Tage sey, scheint mir nicht hinreichend zu seyn, hierin von der Vorschrift des Römischen Rechts abzuweichen, weil selbst die Billigkeit, worauf schon die Römer bey dieser Klage hauptsächlich Rücksicht nahmen [6]), ein hinlänglicher Grund zu seyn schien, ausser den Verzugszinsen, sonst jede andere Zinsenforderung hier auszuschließen; wie bereits oben ausführlicher gezeigt worden ist (S. 28).

Tom. II. §. 1040. Man sehe auch den 4. Th. dieses Commentars. §. 313. S. 294.

4) S. Webers Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung Nr. 1. §. 11. S. 41. f. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 801. und §. 957. Man sehe auch Io. Tob. CARRACHII Meditat. ad *Boehmeri* doctr. de action. Sect. II. cap. 5. ad §. 20 pag. 254 sq.

5) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVII. medit. 4. SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 4. u. a. m.

6) *L. 65. §. 7. D. de condict. indebiti.* S. BOEHMERI Doctr. de action. Sect. II. cap. 5 §. 21. not. y.

Lib. XII. Tit. V.
De condictione ob turpem vel iniuſtam cauſam.

§. 825.

Was iſt *cauſa turpis?* was *cauſa inhoneſta?* Was iſt *condictio ob turpem vel iniuſtam cauſam?*

Die andere Art der Condiction iſt die *condictio ob turpem vel iniuſtam cauſam.* Ob unter dieſer Benennung eine und ebendieſelbe Klage, oder zwey verſchiedene Klagen bezeichnet werden, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Viele [7]) behaupten das erſtere, und verſtehen unter *cauſa turpis* oder *iniuſta* überhaupt einen unerlaubten oder rechtswidrigen Zweck auf Seiten desjenigen, der deswegen etwas von dem Andern angenommen hat. Allein daß die *Condictio ob turpem cauſam* von der *condictio ob iniuſtam cauſam* verſchieden ſey, erhellet daraus, weil von beyden Klagen in verſchiedenen Titeln des Codex gehandelt wird, nämlich *Lib. IV. Tit.* 7. *de condictione ob turpem cauſam*, und *Tit.* 9. *de condictione ex lege et ſine cauſa vel iniuſta*

7) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1369. Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts. §. 730. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 307. HEINECCIUS Elem. iuris civ. ſec. ord. Pand. h. t. §. 48.

iniusta causa. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man die *L.* 1. mit *L. 6. et 7. D. h. t.* vergleicht. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [8]) überein. Nur sind die Ideen sehr verschieden, wenn die Frage ist, was unter *causa turpis* und *causa iniusta* zu verstehen sey? Unser **Hellfeld** versteht unter der erstern einen solchen Zweck, welcher das vollkommene Recht des Andern verletzt, unter der letztern aber einen solchen, welcher gegen die Ehrbarkeit und guten Sitten streitet. Andere [9]) nennen *causa turpis*, was die natürlichen oder bürgerlichen Gesetze für schändlich erklären; hingegen *causa iniusta*, was zwar an sich nicht schändlich, aber doch der natürlichen Billigkeit zuwider ist. Die richtigste Erklärung ist wohl die, wenn man unter *causa turpis* dasjenige versteht, was zu einem erst künftig auszuführenden schändlichen oder rechtswidrigen Zweck gegeben worden; hingegen den Ausdruck *causa iniusta* von einer bereits ausgeführten ungerechten Handlung erklärt, wegen welcher Jemand etwas empfieng. Diese Erklärung, welche **Wilhelm Ranchinus** [10]) und **Thibaut** [11]) annehmen, rechtfertiget sich besonders aus folgenden Gesetzstellen.

D 2 *L.* 1.

8) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 4. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 2. et 15. LAUTERBACH Col. leg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. et 14. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 1. sqq. et n. 15. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 486.

9) FRANTZKE c. l. VOET c. l. LAUTERBACH c. l. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 1.

10) Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 974.)

11) Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 966.

L. 1. pr. D. h. t. Omne, quod datur, aut *ob rem* datur, aut *ob causam* [12]): et ob rem, aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis; aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis; aut utriusque.

L. 6. D. eodem. Perpetuo SABINUS probavit veterum opinionem existimantium, *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.* In qua sententia etiam CELSUS est.

L. 7. D. eodem. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.

Soviel nun also I) die *Condictio ob turpem causam* anbetrift, so versteht man darunter diejenige persönliche Klage, wodurch Etwas, was Jemand wegen eines auf Seiten seiner vorhandenen schändlichen oder ungerechten Zwecks empfangen hat, von diesem nebst allen Nutzungen und Accessionen zurückgefordert wird [13]). Um die Zuständigkeit dieser Klage näher zu bezeichnen, sind drey mögliche Fälle zu unterscheiden. Wenn etwas wegen eines auszuführenden schändlichen oder ungerechten Zwecks gegeben ward, so trift die Schande entweder

1) blos den Geber. Hier findet keine Zurückforderung Statt. Ulpian erläutert dieses *L. 4. §. 3. D. h. t.* durch folgen-

12) Man erinnere sich, was oben S. 10. Not. 24. von dem Unterschiede zwischen *res* und *causa* vorgekommen ist.

13) S. *Andr.* CLUDII Diss. de condictione ob turpem vel iniustam causam. *Helmst. 1608.* SCHRÖTER Diss. eiusd. arg. *Ienae 1715.* PAU Diss. *Ultraj. 1727.* und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1369. ff.

folgendes Beyspiel: Quod *meretrici* datur, repeti non potest: ut *Labeo* et *Marcellus* scribunt. Sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, *sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix.* Es bezieht sich diese Entscheidung auf die Sitten der Römer, bey denen es privilegirte Huren gab, welche die Erlaubniß dazu von den Aedilen erhielten [14]), und dafür eine Abgabe (meretricium) entrichten mußten [15]).

14) TACITUS *Annal. Lib. II. cap. 85.* Nam Vestibia praetoria familia genita, *licentiam stupri apud Aediles vulgaverat, more inter veteres recepto*, qui satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant. S. LIPSIUS in Excurs. ad Tacitum ibid. Lit. O. *Del* MANZANO ad Leg. Iul. et Pap. Popp. bey MEERMAN *in Thes. iur. civ. et can.* Tom. V. p. 311. HEINECCIUS in Comm. ad eand. Legem pag. 131.

15) LAMPRIDIUS *in vita Severi cap. 24.* Durch die *L. ult. Cod. de Spectacul.* ist dies endlich abgeschaft worden. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de lustrali collat. Tom V. pag. 4. edit. *Ritter* und *Ios.* FINESTRES in Hermogen. pag. 430. Man wirft hier gewöhnlich die Frage auf, ob nach dem Röm. Recht die öffentlichen Huren berechtiget gewesen sind, den versprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Viele läugnen dieses aus dem Grunde, weil die öffentliche Duldung einer unsittlichen und entehrenden Sache noch nicht hinreichend sey, um neben der Straflosigkeit derselben, auch zugleich ein wirksames Recht in foro civili zu behaupten. Man beruft sich noch überdem auf *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except. L. 26. et L. 123. D. de Verb. obligat.* L. 5. *D. de Usur.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. ult. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XLIII.

2) Der Zweck schändet sowohl den Geber als den Empfänger. Auch hier kann der Geber eben so wenig das Gegebene zurückfordern, als wenn die Schande ihn allein trifft.

§. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. 25. §. 9. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Cod. de condict. ob turp. caus. cap. 4. *Udalr.* ZASIUS in Comm. ad L. 4. §. 3. D. h. t. nr. 9. *Operum* Tom. I. pag. 985. besonders *Desid.* HERALDUS Observation. et Emendat. libr. cap. 32. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1351.) und *Ev.* OTTO in Praefat. ad h. Tom. pag. 29. Dieser Meinung stimmt auch Weber in der syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 68. Not. 4. bey. Viele behaupten hingegen, daß solche Personen nach den Worten des Ulpians, meretricem non turpiter accipere, cum sit meretrix, den versprochenen Lohn auch hätten gerichtlich einklagen können; als *Fernand.* VASQUIUS illustrium Controversiar. Lib. I. Cap. 48. nr. 3. *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. 22. Th. 3. lit. D. *Ge.* FRANTZKIUS Comment. ad Pand. h. t. nr. 10. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. §. 3. D. h. t. *Amad.* ECKOLT in compend. Pand. Tractat. h. t. §. 1. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 22. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. u. Nicol. Hieron. Gundling Gedanken von dem römischen Hurenzoll und Hurenlohn, in der Sammlung seiner kleinen deutschen Schriften Nr. XXII. S. 422. ff. Dieser Meinung giebt THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 966. den Vorzug. Allein wie hätte je die Frage entstehen können, ob der einer Hure gegebene Lohn zurückgefordert werden könne? wie konnte der Grund gebraucht werden, quoniam solius dantis turpitudo versatur? wenn der Geber durch eine gerichtliche Klage zur Bezahlung des Lohns hätte angehalten werden können? War gleich der Lohn einer solchen Person kein unerlaubter Gewinn, so war er doch immer ein quaestus inhonestus, weshalb die Gesetze keine Klage gestatten. *L. 1. §. 5. D. de extraord. cognit. L. 5. Cod. h. t.* Man sehe noch

trifft. Es tritt vielmehr hier die Regel ein, in pari turpitudine possessoris melior conditio est. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 8. D. h. t. Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis, tamen, si solveris, non posse in repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo, superesset; porro autem *si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare*, tametsi ex stipulatione solutum est.

L. 2. Cod. h. t. Cum te propter turpem causam, contra disciplinam temporum meorum, domum adversariae dedisse profitearis: frustra eam tibi restitui desideras, *cum in pari causa possessoris conditio melior habeatur.*

L. 5. Cod. eodem. Mercalem te habuisse uxorem proponis: unde intelligis, et confessionem lenocinii preces tuas continere, et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. *Quamvis enim utriusque turpitudo versatur, ac solutae quantitatis cessat repetitio*, tamen ex huiusmodi stipulatione, contra bonos mores interposita, denegandas esse actiones, iuris auctoritate demonstratur.

noch *Andr. Flor.* RIVINUS in Diss. de muliere quaestuaria. *Lipsiae 1733.* Cap. III. §. 11. und PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 75.

Die Fälle, wo die Schande beyde Theile trifft, sind folgende.

a) Wenn Jemand dem Richter Geld giebt, um denselben für seine Sache zu gewinnen, gleichviel, der Geber mag seine Sache für gerecht, oder ungerecht halten. Cum enim ex sententia iudicis demum certum evadat, sagt Voet [16]), uter litigantium iustam causam foverit, ac pro suae litis iustitia et bonitate usque adeo praesumere uterque debeat, ut et iusiurandum calumniae in iudicii initio praestare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda iurare teneatur; vix est, ut non videatur voluisse iudicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum iudice accipiente haerere, qui ita dedit. Es scheint zwar unter den alten Rechtsgelehrten streitig gewesen zu seyn, ob nicht eine Zurückforderung wenigstens in dem Falle Statt finde, wenn der Geber von der Gerechtigkeit seiner Sache überzeugt war. Allein durch ein Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla, ward auch diese Handlung für eine richterliche Bestechung erklärt, und die Strafe des Verlusts des Rechtsanspruchs damit verknüpft, wie aus folgenden Gesetzstellen sich ergiebt.

L. 2. §. 2. D. h. t. Sed si dedi, *ut secundum me in bona causa iudex pronunciaret*, est quidem relatum [17]), con-

16) Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

17) Das Wort *relatum* zeigt an, daß Ulpian hier die Meinung anderer anführt, welche in diesem Fall eine Zurückforderung gestatten. Er bedient sich dieses Ausdrucks auch an andern Orten. *L. 16. §. 1. D. de minor. L. 16. §. 1. D. de minor. L. 1. §. 3. D. de aleator.* Daß diese Meinung auch ziemlich allge-

condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit; *iudicem enim corrumpere videtur*; et non ita pridem Imperator noster constituit, *litem eum perdere.*

D 5 L. I.

allgemein gewesen seyn müsse, läßt sich aus einer Stelle des Augustinus bey *Gratian. can.* 15. *Caus. XIV. Qu.* 5. schließen, wo es heißt: Ille tamen solet tanquam male sibi ablatam pecuniam repetere, *qui iustum iudicium emit:* quoniam venale esse non debuit. Ulpian mißbilliget indessen diese Meinung mit Verweisung auf eine Verordnung des Kaisers Caracalla. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn einige: *condictioni locum* NON *esse*, lesen wollen; welche Leseart SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. V. §. 14. und *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. Lection. iuris civ. pag. 67. mit Recht verwerfen. Indessen fehlt es doch nicht an Rechtsgelehrten, welche noch jetzt die angeführte Stelle Ulpians so verstehen wollen, als ob eine Zurückforderung des Gegebenen Statt finde, wenn gleich der Geber gestraft werde. Man sehe *Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 3. und *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Allein wenn auch gleich die *Basilica* diese Stelle so verstanden zu haben scheinen, in welchen sie Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 9. Const. 2. pag. 520. folgendermaßen lautet: εἰ δὲ καλὴν δίκην ἔχων παράσχω τῷ δικαστῇ ἐπὶ τῷ ὑπὲρ ἐμοῦ ψηφίσασθαι, εἰ καὶ ἀναλαμβάνω, ὅμως ἔγκλημα πλημμελῶ, τὴν δικαστὴν ὑποφθείρων, καὶ ἐκπίπτω τῆς δίκης. i. e. *Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronunciaret, licet repetam, tamen crimen contraho, iudicem corrumpens, et causa cado*; so läßt sich doch diese Erklärung darum nicht wohl rechtfertigen, weil es einen Widerspruch enthält, die Handlung des Gebers für ein Verbrechen zu erklären, und ihm dennoch eine Zurückforderung des Gegebenen zu gestatten. Man vergleiche *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIII. Th. 1. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap.

L. 1. §. 3. *D. de calumniator.* Sed et constitutio Imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit, iudici vel adversario, in publicis, vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare; et ex hac causa litem perire iussit.

L. 1. *Cod. de poena iud. qui male iudic.* Constitit in quacunque causa, sive privata, sive publica, sive fiscali, ut cuicunque data fuerit pecunia, vel iudici, vel adversario; amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptelam spem negotii reposuerit.

L. 3. *D. h. t.* Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti decimus: veluti si pecunia detur, *ut male iudicetur.*

b) Wenn Jemand einer ledigen Weibsperson, welche jedoch keine privilegirte Hure ist, Geld giebt, um ihm den Beyschlaf zu gestatten; oder wenn Jemand sich mit einem Ehemann, wegen eines mit desselben Ehefrau begangenen Ehebruchs, absindet, oder wenn ein entdeckter Dieb Geld giebt, um ihn nicht anzuzeigen [18]).

L. 4. *D. h. t.* Idem, si *ob stuprum* datum sit; vel si quis in adulterio deprehensus, redemerit se: cessat enim repetitio, idque *Sabinus* et *Pegasus* responderunt. Item si dederit fur, *ne proderetur*, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio.

c) Wenn

cap. 25. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXII. Thr 3. lit. F. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 297. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 966.

18) S. DONELLUS c. l.

c) Wenn Jemand etwas giebt, um ein öffentliches Amt zu erschleichen, oder es auf diese rechtswidrige Art einem Andern zu verschaffen [19]).

d) Wenn Geld einem Betrüger zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen gegeben wird. Ein solcher Betrüger trieb in einer Gegend von Franken mit einem sogenannten Erdmännlein, oder Erdgeiste, sein Wesen, welcher das ihm dargebrachte Geld vielfältig wieder erstatten, und auf solche Art die Leute reich machen sollte. Er führte durch diesen Betrug besonders viel Leute auf dem Lande an, welche, in der Hoffnung des ihnen verheißenen Gewinnes, dem Betrüger Geld zu 7. 8. 10. 12. bis 16. Carolins darbrachten. Das Geld wurde unter allerhand abergläubischen Handlungen unter das Hochgericht eingegraben, die Opfernden aber erhielten dagegen eine versiegelte Schachtel, mit der Versicherung, daß nach Verfluß einer gewissen Zeit ein jeder in seinem Behältniß den versprochenen Gewinn finden würde. Die Betrogenen verlangten nachher, wie der Betrug entdeckt war, ihr Geld zurück. Allein sie wurden mit der Klage abgewiesen [20]).

Hat nun gleich in allen diesen Fällen, wo der Zweck auf Seiten beyder Theile gleich unerlaubt ist, keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, indem schon die Natur der Sache

19) *Nov. VIII.* und *Nov. CLXI.* S. *Io. Ad. Th.* Quaestion. forens. Tom. III. cap. 32. Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 6. S. 241. ff. und Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 343.

20) S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Band. Nr. XXXII.

Sache mit sich bringt, daß wir gegen denjenigen, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Regreß zu unserer Entschädigung nehmen können [21]; so folgt doch daraus noch nicht, daß nun der Empfänger den schändlichen Gewinn behalten dürfe. Denn die Gesetze erlauben Niemanden, aus seiner unerlaubten Handlung einen Vortheil zu ziehen [22]. Mit Recht sagt vielmehr Stryk [23]: De caetero non ita crude hoc capiendum est, quod in pari turpitudine melior sit ratio possidentis, quasi iura nostra approbent titulum acquisitionis ex turpi causa. Non enim haec confundenda sunt, quod melior sit causa *rationis dantis*, utpote qui ex malitia sua condictionem ad repetendum id, quod dedit, consequi nequit; cum hoc, quod turpiter accipiens iuste possideat rem acceptam intuitu *magistratus* vel *fisci*. Es ist daher dasjenige, was zu einem unerlaubten Zweck gegeben worden, ohne Zweifel dem Fiscus verfallen [24]) wofern nicht etwa ein Dritter, welcher dabey interessirt ist, daß die Sache nicht gegeben sey, von dem Empfänger die Sache abzufordern

21) S. Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76.

22) *L. 134. §. 1. D. de Reg. iuris.*

23) Us. mod. Pandectar. h. t. §. 3.

24) *L. 5. D. de calumniator. L. 32. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 9. D. de jure fisci. Auth. Novo iure Cod. de poena iudic. qui male iudicavit.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV. §. 23. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 12. Th. 6. not. 1. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 32. pag. 222. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1119.

dern befugt ist. Von dem letztern Falle reden folgende Gesetzstellen.

L. 4. §. *ult. D. h. t.* Quodsi a fugitivo meo acceperis, *ne eum indicares*, condicere tibi hoc, quasi furi, possum.

L. 5. *D. eodem.* Si a servo meo pecuniam quis accepisset, *ne furtum ab eo factum indicaret*, sive indicasset, sive non, repetitionem fore eius pecuniae, *Proculus* respondit.

3) Die Schande ist blos auf Seiten des Empfängers. Hier ist der Fall, in welchem die *Condictio ob turpem causam* Statt hat, und zwar ohne Unterschied, der Zweck sey erfüllet worden, oder nicht. **Paulus** sagt ausdrücklich *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Quodsi turpis causa *accipientis* fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

§. 826.

Fälle, in welchen die *Condictio ob turpem causam* Statt hat. Worauf geht die Klage? *Condictio ob iniustam causam.*

Die Fälle, wo die Schande allein den Empfänger trifft, sind,

a) wenn sich Jemand etwas geben läßt, um eine verbotene Handlung nicht zu thun, z. E. mich nicht zu berauben, zu injuriiren, u. d.;

L. 2. *D. h. t.* Utputa dedi tibi, *ne sacrilegium facias, ne furtum; ne hominem occidas*: in qua specie *Iulianus* scribit, si tibi dedero, *ne hominem occidas*, condici posse.

L. 4.

L. 4. §. 2. *D. eodem.* Quoties autem solius *accipientis* turpitudo versatur, *Celsus* ait, repeti posse; veluti si tibi dedero, *ne mihi iniuriam facias.*

Die Schande zeigt sich hier besonders darin, daß derjenige, welcher sich etwas geben läßt, um eine unerlaubte Handlung zu unterlassen, eben dadurch zu erkennen giebt, daß er sie begangen haben würde, wenn er dafür nichts empfangen hätte [25]).

b) Wenn sich Jemand eine Belohnung geben läßt, um etwas zu thun, wozu er ohnehin schon rechtlich verbunden ist. Z. B. es hat Jemand eine Sache, welche ich verlohren hatte, gefunden, oder mir eine Sache verwahrt, oder mir eine Sache entwendet, und er wollte sie mir nicht eher herausgeben, als bis ich ihm ein Geschenk machte.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Item si tibi dedero, *ut rem mihi reddas depositam apud te,* vel *ut* [26]) *instrumentum mihi redderes;* sc. condici potest, quia accipientis duntaxat turpis causa fuit.

L. 9. *D. eodem.* Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, *ut reciperem,* dedissem, condictione me recte acturum, responsum est: quamvis enim

25) S. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XIV. cap. 25.

26) *Guil.* BEST de ratione emend. Leges Cap. VII. §. 8. lieset hier *velut,* mit Hinweglassung der Worte *mihi redderes. Io. Conr.* RÜCKER Observation. Cap. IV. §. 3. hingegen will mittelst der Gemination *velut, ut instrumentum mihi redderes,* lesen. Allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, von der Florentinischen Leseart abzugeben. Auch die *Basilica* Tom. III. pag. 520. haben ἢ *δικαίωμα* i. e. *vel instrumentum.*

enim propter rem datum ſit, et cauſa ſecuta ſit, tamen turpiter datum eſt. Si rem locatam tibi, vel venditam a te, vel mandatam, *ut redderes*, pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. Quodſi, ut id, quod ex teſtamento, vel ex ſtipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio duntaxat pecuniae datae eo nomine erit. Idque et *Pomponius* ſcribit.

Man ſieht zugleich aus dieſer Stelle, daß wenn die Verbindlichkeit zur Uebergabe oder zur Zurückgabe der Sache aus einem bonae fidei Contract entſtand, die condictio ob turpem cauſam mit der Klage aus dem Contract electiviſch concurrirt [27]).

L. 6. C. h. t. Ob reſtituenda ea, quae ſubtraxerat, accipientem pecuniam, cum eius tantum interveniat turpitudo, condictione conventum, hanc reſtituere debere convenit.

L. 7. C. eodem. Eum, qui ad reſtituenda, quae abegerat, pecora, pecuniam accepit: tam hanc, quam ea, quae per hoc commiſſum tenuit, reſtituere debere convenit: licet mortua vel alio fortuito caſu periiſſe dicantur: cum hoc caſu in rem mora fiat.

Nimmt Jemand eine Belohnung dafür, um einen Verbrecher anzuzeigen, ſo findet keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, weil Niemand vollkommen verbunden iſt, Verbrecher anzuzeigen, dem nicht die Geſetze in

27) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und *Ant.* FABER Rational. in L. 9. D. h. t.

in einzelnen Fällen diese Pflicht besonders aufgelegt haben [28]).

L. 4. §. 4. *D. h. t.* Si tibi indicium dedero, *ut fugitivum meum indices*, vel *furem rerum mearum*, non poterit repeti; quod datum est: *nec enim turpiter accepisti.*

L. 15. *pr. D. de praescript. verb.* Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere, et sic indicare: nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. *Quare, qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem* [29]).

Die Klage wird übrigens gegen den Empfänger, oder desselben Erben angestellt, und geht auf Restitution des Empfangenen mit allen Nutzungen und Accessionen [30]), aber nicht auf Zinsen.

L. 4. *Cod. h. t.* Quoties accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa: licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, *non etiam usurae peti possunt*.

Der Grund ist, weil es gegen die natürliche Billigkeit streiten würde, wenn der Empfänger zu des Gebers Scha-

28) *L.* 48. §. 1. *D. de furt.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. von Quistorp Grunds. des peinl. Rechts 1. Th. §. 62. MEISTERI Princip. iuris crim. Germ. commun. §. 45. Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 206.

29) S. *Ant.* CONTII Disputation. Lib. I. cap. 14.

30) *L.* 38. §. 1. et 15. *D. de Usur. et fruct.*

Schaden den ungerechten Gewinn behalten sollte. Giebt er also diesen zurück, so ist der Grund der Verbindlichkeit gehoben. Die Zinsen würden eine Strafe seyn, da sie nicht zum turpe lucrum gerechnet werden können.[31]). Leyser[32]) ist zwar der Meinung, daß heut zu tage Zinsen gefordert werden könnten; aber ohne hinreichenden Grund[33]). Ist die Sache, welche der Beklagte empfing, nicht mehr in Natur vorhanden, z. B. der Beklagte hat Getraide erhalten, und solches consumirt; so wird auf Vergütung des Werths geklagt[34]).

Man streitet sich über den eigentlichen Grund dieser Klage. Heineccius[35]) leitet denselben aus einem Quasi-Contract her. Obligatio illa, sagt er, non videtur oriri ex acceptione ob turpem vel iniuſtam cauſam, (ſic enim ſemper ad reſtitutionem eſſet obſtrictus, qui accepit) ſed *ex datione honeſta ob turpem vel iniuſtam cauſam*. Ideo enim, quia ego dedi honeſte, turpiter accipiens obligatur ad reſtitutionem, adeoque praeſumunt finguntque leges, eum ſe obligaſſe ad reſtituendum,

31) *Iuſt. Henn.* BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 24.

32) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVII. medit. 4.

33) S. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 335.

34) *L. ult. Cod. h. t. L. 8. Cod. de cond. furt. L. 65. §. 6. D. de condict. indeb.* S. WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 13. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Th. §. 1372.

35) Elem. iur. civ. ſec. ord. Pand. h. t. §. 49.

dum, quia nemo debet cum alterius damno sine ratione fieri locupletior. Est ergo haec Condictio *ex quasi contractu*. Cocceji [36]) hingegen setzt den Grund der Klage in einem Quasi-Delict. Oritur enim, sagt er, ex facto et causa turpi ac illicita. Allein weder die eine noch die andere Meinung ist den Gesetzen gemäß. Denn Quasi-Contracte setzen immer einen erlaubten Vorgang voraus, woraus nach Vorschrift der Gesetze eine den Contracten ähnliche Verbindlichkeit und Klage entspringt [37]). Offenbar aber liegt bey dieser Condiction auf Seiten des Beklagten eine unerlaubte Handlung zum Grunde. Quasi-Delicte hingegen sind an sich nicht blos unerlaubte, sondern auch strafbare Handlungen, welche das Unterscheidende haben, daß sie nach besondern Vorschriften des röm. Rechts aus Gründen der Billigkeit und der gemeinen Sicherheit gewissen Personen zur Strafe zugerechnet werden, welche eigentlich nach den allgemeinen Regeln der moralischen Imputation oder doch sonst nach der Analogie des strengen Rechts dafür nicht haften dürften [38]). Dieser Begriff paßt nun aber nicht auf die Handlung des Beklagten, welche zwar nach allen Regeln der moralischen Imputation denselben schändet, aber dennoch, außer der Zurückgabe des Empfangenen, in der Regel keine weitere Strafe nach sich zieht [39]), wofern nicht

36) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

37) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. und HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur. Cap. 3. pag. 40.

38) S. Tot. Tit. I. *de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur.* IV. 5. und Weber a. a. O. §. 20.

39) Anderer Meinung ist zwar SCHAUMBURG in Comp. iur. Dig. h. t. §. 3. welcher sagt: Turpiter accipiens merito quoque *poe-*

nicht dieselbe in ein wirkliches Verbrechen ausartet, z. B. in eine Concussion [40]). Da jedoch dies nur eine Ausnahme von der Regel ist, so kann auch die Klage in keinem wahren Delict gegründet seyn, worinn **Westenberg** [41]) den Grund derselben setzt. Denn unerlaubte Handlungen gehen nur dann in Verbrechen über, wenn sie die Gesetze mit Strafen bedrohet haben [42]). Alles dieses hat auch schon **Huber** [43]) wohl erwogen, welcher daher die Klage nicht für eine actio nativa, sondern *dativa* hält, quae non tam ex certo aliquo Artis principio, *quam a Lege datur*, ob aequitatem et corrigendam inequalitatem, qua cavendum, ne quis cum aliena iactura sit locupletior. Eben diese Meinung nehmen auch **Böhmer** [44]) und **Schmidt** [45]) an. Allein daß der nächste Klagegrund in einer unerlaubten Handlung des Beklagten zu setzen sey, kann wohl nicht geläugnet werden, und diese kann auch zuweilen ein wahres Delict seyn [46]). Eben so gewiß ist es aber auch, daß die natürliche Billigkeit, welche nicht er-

 laubt,

poenam arbitrariam luit. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß.

40) Ein Beyspiel enthält die *L. 3. Cod. h. t.*

41) Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 3.

42) S. **Kleinschrods** syst. Entwick. der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 2.

43) Praelect. iur. civ. h. t. §. 2.

44) Doctr. de action. Sect. II. cap. V. §. 23.

45) Pract. Lehrbuch von Klagen §. 1369.

46) S. *L. 1. D. de calumniator. L. 5. §. 1. D. eodem. L. 3. Cod. h. t.*

laubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu bereichern, für den entfernten Klagegrund zu halten sey.

Soviel hiernächst II. die *Condictio ab iniustam causam* anbetrift, so wird diese Klage wider denjenigen angestellt, der etwas wegen einer bereits ausgeführten schändlichen oder ungerechten Handlung empfing, oder sich sonst aus einer nach dem Civilrecht verwerflichen Ursache eine fremde Sache angemaßt hat. **Ulpian** sagt *L. 6. D. h. t.* mit dieser Klage könne zurückgefordert werden, *quod ex iniusta causa apud aliquem sit.* Dahin gehört z. B. was aus einem erzwungenen Versprechen bezahlt worden ist. Ex ea stipulatione, sagt **Pomponius** *L. 7. D. eodem, quae per vim extorta esset*, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. Mit dieser Klage kann auch der malae fidei possessor auf Vergütung der consumirten Früchte belangt werden. *L. 3. C. de condict. ex Lege, et sine causa vel iniusta causa* sagt: Mala fide possidens, de proprietate victus, de extantibus fructibus rei vindicatione, *de consumtis vero condictione conventus*, eorum restitutioni parere compellitur. Es erhellet aus diesen Beyspielen, daß **Voet** [47]) nicht unrecht hat, wenn er sagt: *Huic condictioni non ob futuram, ut in praecedentibus, sed magis ob praeteritam causam locus est.* Der Zweck bey dieser Klage ist jedoch der nämliche, wie bey der *condictio ob turpem causam*, er geht nämlich dahin, um das, was der Andere auf eine ungerechte Art empfing, wieder zurück zu erhalten.

47) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

Lib. XII.

Lib. XII. Tit. VI.
De condictione indebiti.

§. 827.
Begriff und Fundament der Condictio indebiti.

Die *Condictio indebiti* ist diejenige persönliche Klage, welche in dem Falle, da eine Nichtschuld, als Schuld, aus einem entschuldbaren Irrthum bezahlt worden ist, gegen den Empfänger derselben, welcher die Zahlung in gutem Glauben angenommen hat, oder desselben Erben, dahin angestellet wird, um das Empfangene, so weit er dadurch reicher geworden, dem Kläger zu vergüten [48]). Ueber den Grund dieser Klage sind die Rechtsgelehrten ebenfalls verschiedener Meinung. **Donellus** [49]) leitet die Verbindlichkeit des Beklagten zur Restitution der empfangenen Nichtschuld aus einem wahren Contract her; er glaubt, es liege hier ein Realcontract, wie beym Darlehn, zum Grunde. **Justinian** lehre dieses ausdrücklich, wenn er §. 1. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* sagt: Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per erro-

48) Von der condictio indebiti handeln in besondern Schriften *Iul.* PACIUS. *Genevae 1578.* *A.* CLUDIUS. *Francof. 1605.* *Iacos.* *Harderovici 1689.* und LINCK. *Argentor. 1751.*

49) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16.

errorem solvit, *re obligatur;* daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet eum dare, oportere, *ac si mutuum accepisset.* Allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle lehrt deutlich, daß **Justinian** hier blos darum des Empfangs einer Nichtschuld gedacht hat, weil daraus eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit entsteht, wenn eine fungible Sache aus Irrthum gegeben worden ist. Wie wenig aber **Justinians** Meinung gewesen sey, diesen Vorgang zu einem Realcontract zu machen, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten, wo er sagt: *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.* Mit Recht ist daher diese Meinung von **Bachov**[50]), **Hunnius**[51]), **Vinnius**[52]) und **Lauterbach**[53]) widerlegt und verworfen worden. Die meisten nehmen eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde der Klage an[54]); und diese Meinung hat auch die deutlichsten Stellen des römischen Gesetzbuchs für sich. **Justinian** sagt ausdrücklich §. 6. *I. de obligat. quae quasi ex contr.*

50) Notae et Animadverf. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXII. Th. IV. lit. B.

51) Resolution. variar. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 1.

52) Comm. ad §. 6. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. nr. 4.

53) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

54) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIII. Th. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 28. §. 8. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 3. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1112. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 972. u. a. m.

contr. nasc. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, *quasi ex contractu debere videtur.* Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur, magis ex distractu, quam ex contractu dici possit obligatus esse; nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. *Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur:* et ideo condictione tenetur. Cajus, aus dessen *libris aureorum* unstreitig diese Stelle der Institutionen excerpirt ist, erklärt sich darüber *L.* 5. §. 3. *D. de obligat. et act.* auf folgende Art: Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus:* sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, *ex contractu obligatus esse.* So wenig sich nun auch gegen diese deutlichen Stellen mit Grund etwas einwenden läßt, so unläugbar ist es aber doch, daß sich eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit bey dem Empfange einer Nichtschuld nur da annehmen lasse, wo eine fungible Sache den Gegenstand der Nichtschuld ausmacht, welches jedoch nicht immer der Fall ist. Erwägt man hiernächst, daß die condictio indebiti nur insofern begründet ist, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet [55]), so ergiebt sich hieraus, daß der bloße Empfang einer Nichtschuld wohl nicht als der nächste Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererstattung angesehen werden könne, sondern dieser vielmehr in der natürlichen Billigkeit, welche nicht erlaubt, daß sich Jemand mit dem Schaden

55) *L.* 14. *L.* 26. §. 12. *L.* 65. §. 8. *D. h. t.*

eines Andern bereichere, zu setzen sey [56]). Papinian lehrt dieses auch ganz deutlich, wenn er *L. 66. D. h. t.* sagt: Haec condictio *ex bono et aequo introducta*, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit, und auf diesen Grund der natürlichen Billigkeit deutet offenbar Paulus hin, wenn er *L. 15. pr. D. eodem* den Satz aufstellt: *Indebiti soluti condictio naturalis est.* Hieraus läßt sich nun auch erklären, warum bey dieser Klage zuweilen auch ein Anderer, als derjenige, welcher die Nichtschuld zahlte, Kläger seyn kann. Z. B. der Testamentserbe hat Vermächtnisse ausgezahlt. Nachher wird das Testament von dem Intestaterben angefochten, und für nichtig erklärt. Hier kann der Intestaterbe die ausbezahlten Vermächtnisse als eine Nichtschuld condiciren. Ulpian sagt *L. 2. §. 1. D. h. t.* Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur. — Nam *Divus Hadrianus* circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est. Und Papinian bestätigt dieses noch weiter in der *L. 3. D. eodem.* auf folgende Art: Item est, et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat; vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso praesumse-

56) Hierin stimmen auch BOEHMER in doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 26. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1359. und besonders Weber in der syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Billigkeit §. 35. S. 95. überein.

sumserat. Nam utiles actiones postumo, vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator *Titus Antoninus* rescripsit: scilicet, quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur; nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit. Man setze ferner, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft aus Uebereilung angetreten, und Vermächtnisse bezahlt, nachher läßt er sich gegen die geschehene Antretung in den vorigen Stand setzen; hier kann nun derjenige die Vermächtnisse zurückfordern, an welchen jetzt die Erbschaft fällt. **Ulpian** sagt *L.* 5. *D. h. t.* Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat: nam et cum minor viginti quinque annis, inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.

Die Erfordernisse zur Begründung dieser Klage sind also folgende.

1) Es muß Etwas gezahlt worden seyn. Der Ausdruck Zahlung wird jedoch hier in ausgedehnterem Sinn genommen, und darunter nicht nur der Fall begriffen, da etwas gegeben worden ist, die Sache sey eine fungible oder nichtfungible, sondern auch wenn ein Factum geleistet worden [57]); ferner wenn Jemand aus Irrthum eine Verbindlichkeit

57) *L.* 26. §. 12. *L.* 40. §. 2. *D. h. t.* Daß hier von keiner Zurückforderung der Dienste die Rede seyn könne, versteht sich. Dies ist es auch nur, was die *L.* 25. *D. de praescriptis verbis* sagen will, wenn es daselbst heißt: Quodsi per errorem operae indebitae datae sunt, IPSAE repeti non possunt.

Die

lichkeit übernahm [58]), oder dem andern eine Verbindlichkeit erließ [59]), oder sich sonst eines Rechts begab, als ob er dazu gehalten wäre [60]).

2) Das Gezahlte muß eine Nichtschuld seyn.

3) Die Zahlung muß aus einem entschuldbaren Irrthum geschehen, und auch

4) der Empfänger selbst im Irrthum gewesen seyn [61]). Nahm er wissentlich die Nichtschuld an, so wollen ihn die Gesetze

Die geleisteten Dienste müssen also zu Gelde angeschlagen, und auf deren Vergütung geklagt werden. S. *Christ. Gottl.* GMELIN Diss de condictione facti indebite praestiti, praes. *Eberh. Christ.* CANZ def. *Tubingae* 1769.

58) *L.* 31. *D. h. t. L.* 1. *pr. D. Ut in possess. legator. L.* 3. *Cod. de Cond. indeb.*

59) *L.* 39. *D. h. t.*

60) *L* 22. §. 1. *D. h. t.*

61) Die *L.* 65. §. 8. *D. h. t.* scheint zwar das Gegentheil zu lehren, wo es heißt, Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, *si sciens hoc fecisti*, teneberis ad pretium eius; si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti, et ut hereditatem eius restituas. Dieses Gesetz unterscheidet also, ob der Manumissor gewußt hat, daß der Sklave indebite war gegeben worden, oder nicht. Im ersten Fall soll er den Werth desselben, in dem andern aber nur den Gewinn aus seinen Diensten und die Accession vergüten. Allein 1) wird hier nicht gesagt, daß gerade mit der condictio indebiti der Werth des Sklavens gefordert werden müsse; und dann 2) wenn man auch das Gesetz von dieser Klage verstehen wollte, so redet ja dasselbe von der Wissenschaft des Empfängers zur Zeit der Manumission, nicht von der Zeit, da der Sklave gegeben wurde. War damals der Empfän-

Gesetze als einen Dieb behandelt wissen, und es hat nun nicht die condictio indebiti, sondern nur die *condictio furtiva* wider ihn Statt [62]. Endlich

5) muß der Beklagte durch das Empfangene auch bereichert seyn; denn sonst fällt die ganze Klage weg [63]; und da er als bonae fidei possessor zu behandeln ist, so trägt er ohnehin den Zufall nicht [64])

Hat

Empfänger in bona fide, so findet die condictio indebiti Statt, weil das Eigenthum auf den Empfänger übergieng. Eben so wenig steht auch die *L.* 37. *D. h. t.* entgegen, wo Julian sagt: Servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, *et eo nomine condictionem mihi esse*, puto: *sive scisses meum esse, sive ignorasses.* Denn das Gesetz redet nur von der condictio überhaupt, ohne zu bestimmen, ob es condictio indebiti oder condictio furtiva sey.

62) *L.* 18. *D. de condict. furt.* *L.* 38. §. 1. *D. de solut.* *L.* 43. *pr.* L. 80. §. 5. *et* 6. *D. de furt.* *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 5. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die condictio furtiva habe nur dann Statt, wenn der Kläger nicht freywillig gezahlt, sondern durch den Dolus des Beklagten zur Bezahlung der Nichtschuld wäre verleitet worden. Allein *L.* 18. sagt unbedingt: *Furtum esse, cum quis indebitas nummos sciens acceperit.* Man sehe VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 28. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 975.

63) *L.* 14. *L.* 26. §. 12. *L.* 65. §. 8. *D. h. t.* *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. Cap. 9. *Operum* pag. 916. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXV. Th. 11. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 301. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 26.

64) Thibaut. Syst. des P. R. 2. B. §. 976.

Hat sich der Kläger bey der Zahlung die Restitution von dem Beklagten ausdrücklich auf den Fall versprechen lassen, wenn das Gezahlte als eine Nichtschuld befunden werden würde, so concurrirt die *condictio indebiti* mit der *actio praescriptis verbis*. Denn hier ist, wie **Ulpian**[65]) lehrt, ein wahrer Contract vorhanden.

§. 828.

Nichtschuld. Verschiedene Arten derselben.

Der Gegenstand unserer Klage ist also eine Nichtschuld (Indebitum). Unter dieser Benennung wird hier alles dasjenige verstanden, was zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden, oder geschehen ist, welche entweder gar nicht vorhanden, oder nach den Gesetzen ungültig, oder unwirksam war[66]). Eine Nichtschuld kann also in einer doppelten Rücksicht, als solche, gedacht werden.

1) In Absicht auf die Natur und den rechtlichen Grund der Schuldverbindlichkeit. Hier kann die Nichtschuld entweder

a) eine absolute seyn, wenn entweder nach natürlichen noch nach positiven Rechten eine Verbindlichkeit vorhanden war. Z. B. ich habe aus einem Rechnungsfehler, oder aus einem solchen Geschäft etwas bezahlt, welches nach keinem Recht gültig war. Man denke sich den Fall, daß ich meine eigene Sache gekauft habe, in der Meinung, sie sey eine fremde[67]). Nam emtio rei suae nullo iure va-

65) *L. 2. pr. D. h. t.* vergl. mit *L. 5. §. 2. D. de praescr. verb.* S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 2. pr. D. h. t.

66) *L. 26. L. 54. L. 65. §. 9. D. h. t.* S. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6.

67) *L. 37. D. eodem.*

valet [68]). Hierher gehört auch, wenn die Schuld von einer noch ungewissen Bedingung oder Zeitbestimmung abhieng, und sie ist vor dem Eintritt derselben bezahlt worden. Wenn also Etwas vor der Zeit bezahlt worden, da man zu bezahlen schuldig gewesen wäre, so sind zwey Fälle zu unterscheiden.

aa) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, deren Eintritt überhaupt ungewiß war. Hier kann vor dem Eintritt derselben das aus Irrthum Bezahlte zurückgefordert werden. Denn da vor dem Eintritt einer solchen Bedingung oder Zeit noch gar keine Verbindlichkeit vorhanden war, so ist hier eine absolute Nichtschuld bezahlt worden. In dieser Hinsicht sagt daher **Pomponius** *L.* 16. *D. h. t.* Sub conditione debitum, per errorem solutum, *pendente quidem conditione repetitur*, conditione autem existente repeti non potest. Quod autem *sub incerto die* debetur, die existente non repetitur [69]).

bb) Die

68) *L.* 45. *pr. D. de div. reg. iuris.*

69) CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 20. will *die non existente* (i. e. donec nondum existit dies) *non repetitur* lesen, und diese Stelle von einem solchen die incerto erklären, quem venturum esse certum est, z. B. *cum moriar.* Dies erfordere, wie er glaubt, der Zusammenhang mit *L. 17. D. h. t.* und daß es beym dies anders seyn solle, als bey der conditio, deute die Partikel *autem* an, wodurch eine Verschiedenheit der Fälle angezeigt werde. Allein *Iacob.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 27. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 534.) verwirft diese Erklärung mit Recht. Eben so wenig verdient aber auch die Kritik des POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. d. Beyfall, welcher *non* *exi-*

bb) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, von welcher gewiß ist, daß sie einmal eintreten werde. Hier kann das aus Irrthum vor der Zeit Bezahlte nicht zurückgefordert werden, weil hier die Verbindlichkeit an sich schon völlig begründet, mithin ein debitum vorhanden war, obgleich solches noch nicht hätte eingeklagt werden können [70]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen:

L. 10. *D. h. t.* In diem debitor, adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

L. 17. *D. eodem.* Nam si, *cum moriar*, dare promisero, et antea solvam: repetere me non posse, *Celsus* ait. Quae sententia vera est.

L. 18. *D eodem.* Quod si ea conditione debetur, *quae omnino exstitura est*, solutum repeti non potest: licet sub alia conditione, *quae, an impleatur, incertum est*, si ante solvatur, repeti possit.

Wär

existente die repetitur lesen will. Denn die Erklärung *non existente die*, für donec nondum existit dies, weicht ganz von dem gesetzlichen Sprachgebrauch ab. Es widerstreiten auch die *Basilica* Lib. XXIV. Tit. 6. const. 16. bey Fabrot Tom. III. pag. 547. wo die Worte so lauten: *καὶ τό ὑπό ἄδηλον ἡμέραν οὐκ αναλαμβάνεται μετά το ἐπιςῆναι αυτήν.* i. e. *Etiam quod sub incerto die debetur, die existente non repetitur.* Mit den Basiliken stimmt auch Haloander überein, welcher statt *autem* vielmehr *etiam* lieset. Es verdienen übrigens noch folgende Stellen verglichen zu werden. *L.* 48. *L.* 56. *et L.* 60. §. 1. *D. h. t.* Man sehe auch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

70) §. 2. *I. de Verbor. obligat. L.* 10. *D. h. t. L.* 9. §. 1. *D. de novation.*

War Jemand nur alternativ, entweder diese oder eine andere Sache zu geben, verbunden, er hat aber aus Irrthum beyde gegeben; so ist auch dies für eine absolute Nichtschuld zu halten, und es kann daher eine von beyden zurückgefordert werden. Wem aber in diesem Falle die Wahl zustehe, war unter den ältern Rechtsgelehrten streitig [71]. **Marcellus** und **Celsus** glaubten, sie gebühre dem Beklagten, als welcher nun durch den Empfang der Nichtschuld für den Schuldner zu halten sey [72], und dieser Meinung stimmte auch **Ulpian** [73] bey. Allein das Gegentheil nahmen **Julian** und **Papinian** an, und deren Meinung bestätiget **Justinian** durch die *L.* 9. *Cod. h. t.* welche folgendermaßen lautet: Si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, et cum licentia ei fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cuius rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi, an pecuniae: et utrum stipulator, an promissor habeat huius rei facultatem? Et *Ulpianus* quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, et tam *Marcellum* quam Celsum sibi consonantes refert. *Papinianus* autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui, et antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit praestare; et huius sententiae sublimissimum testem adducit *Salvium Iulianum*, summae

71) S. *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 8.

72) §. 33. *I. de act. L. 106. D. de Verb. obligat.*

73) *L.* 26. §. 13. *in fin. D. h. t.*

mae auctoritatis hominem, et praetorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis haec decidentibus, *Iuliani* et *Papiniani* sententia placet, *et ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.* Nach dieser Verordnung behält also der Kläger die Wahl, die ihn vorher zustand, und dieses um so mehr, weil der Kläger, wenn man auch annehmen wollte, er habe, da er jetzt als Gläubiger auftritt, durch die geschehene Zahlung sein Wahlrecht verlohren, welches ihm vorher als Schuldner zustand, dennoch auch dieses Recht ohne Zweifel condiciren könnte, da solches indebite durch die Zahlung auf den Gläubiger war übertragen worden, wie auch Voet [74]) ganz richtig bemerkt hat. Dann aber würde freylich Justinians Verordnung keine Anwendung finden, wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit gleich Anfangs im Vertrage oder Testament wäre festgesetzt worden, daß dem Gläubiger die Wahl zustehen solle [75]), in welchem Falle er denn ohne Zweifel zurückgeben könnte, welche von beyden er will. Sollte jedoch eine von beyden Sachen durch Zufall zu Grunde gehen, so fällt alle Zurückforderung weg, und der Empfänger behält diejenige mit Recht zurück, welche noch vorhanden ist, wie ebenfalls Julian lehrt, wenn er *L.* 32. *pr. D. h. t.* sagt: Cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, uterque aut alter ex his, desiit in rerum natura esse, nihil repetet; id enim remanebit in soluto, quod superest. Die Nichtschuld kann

b) eine

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

75) Arg. *L. 10. §. ult. D. de iure dot.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 304.

b) eine blos bürgerliche seyn (*indebitum civiliter tale*); wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Zahlung geschahe, zwar im natürlichen Recht gegründet, aber durch die bürgerlichen Gesetze entweder für ungültig und ganz unwirksam erklärt, oder sonst in ihren gerichtlichen Wirkungen beschränkt ist. Z. B. Eine Frauensperson hat aus einer übernommenen Bürgschaft Zahlung geleistet, oder eine Person, die noch unter väterlicher Gewalt stand, hat ein ohne Einwilligung des Vaters contrahirtes Darlehn bezahlt [76]). Die Nichtschuld kann endlich

c) auch eine blos natürliche seyn, (indebitum *naturaliter tale*), wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Zahlung geschahe, zwar in den bürgerlichen, aber nicht in den natürlichen Gesetzen gegründet ist. In diesen beyden Fällen einer Nichtschuld wird die Regel gegeben, daß eine Zurückforderung des Gezahlten nur dann Statt habe, wenn der Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers durch eine beständig geltende Exception gedeckt war, und diese Einrede zu seinem Besten, und nicht blos aus Haß gegen den Gläubiger gegeben wird. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 26. §. 3. *D. h. t.* Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, *sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat.* Quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens, se tutum exceptione, solvit.

L. 26.

76) S. *Io. Nic.* HERTII Diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter. in EIUS *Comment. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 141. sqq.

L. 26. §. 7. *D. eodem.* Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut *Iulianus* libro 10. scripsit: si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit; posse eum fundum condicere. Idemque est, et si debitorem suum damnaverit liberare, et ille ignorans solverit.

L. 66. *D. de Reg. iuris.* Desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

L. 40. *h. t.* Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Senatusconsulto de Intercessionibus. Ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur; perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit.

L. 43. *D. eodem.* Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur; atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

Allein wenn gleich diese Regel von vielen [77]) angenommen wird, so ist sie doch nicht in jedem Falle anwendbar. Die Gesetze enthalten mehrere Fälle, wo demjenigen, wel-

77) S. VOET Comm. h. t. §. 4. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 299. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLIV. Th. 2. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. T. I. Diss. XXV. Th. 12. DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 9. u. a. m.

welcher eine Zahlung aus Irrthum ohne Schuldigkeit geleistet hat, eine exceptio perpetua zustand, und diese Einrede auch zu seinem Besten eingeführt ist, dennoch aber keine Zurückforderung des Gezahlten Statt findet. Man setze, ein Schuldner hätte sich mit der Exception der Competenz schützen können, er schafte aber dennoch Rath, und bezahlte aus Irrthum die ganze Schuld, so kann er nichts zurückfordern, denn die natürliche Verbindlichkeit wird durch die Insolvenz der Schuldners nicht aufgehoben. Es sagt vielmehr Ulpian *L.* 9. *D. h. t.* Nam et maritus, si, cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit. Wenn sich ferner der Schuldner mit der Exception aus dem prätorischen Edict, *quod quisque iuris in alterum statuerit*, gegen die Ansprüche seines Gegners hätte decken können; er hat aber dennoch denselben aus Irrthum befriediget, so findet keine Zurückforderung Statt, superest enim, sagt Ulpian *L.* 3. §. 7. *D. Quod quisque iuris*, naturalis causa, quae inhibet repetitionem. Ich übergehe andere Beyspiele, welche *L.* 33. *D. h. t. L.* 49. §. 1. *in fin. D. de fideiussor.* und in andern Gesetzstellen mehr vorkommen. Man sieht hieraus, daß jene Regel in den Fällen eine Ausnahme leidet, wo die dem Schuldner zustehende exceptio perpetua die natürliche Verbindlichkeit nicht aufhebt [78]). Mit Recht sagt daher Lauterbach [79]): Ex dictis simul apparet, regulam in *L.* 26. §. 3. *D. h. t.* propositam, quod scil. illud, *cui perpetua obstat exceptio*, indebitum dicatur, et per

78) S. WESTENBERG Princip. iuris secund. ord. Dig. h. t. §. 10. sqq.

79) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14.

per errorem solutum repetatur: tunc demum locum habere, et procedere, *si obligatio naturalis non subsit, vel illam ius civile reprobaverit.* Caeterum, ubi obligatio naturalis, iure civili non reprobata, adhuc existit salva, ibi, licet perpetua competat exceptio, non tamen datur Condictio. *L. 66. pr. L. 40. pr. D. h. t. L. 9. §. 4. et 5. junct. 1. seq. ad SCt. Macedon.* Unde etiam fideiussor, qui, omissa divisionis exceptione, totam solvit, partem a confideiussore solvendam a creditore non repetit. *L. 49. §. 1. D. de fideiussor.* Ich werde diese Fälle bey dem folgenden Paragraphen näher auseinander setzen. Eine Nichtschuld kann endlich

2) auch in Absicht auf die Person des Zahlenden oder des Empfängers eine solche seyn, und zwar entweder

a) wegen eines Irrthums in der Person. Dahin gehört,

α) wenn man eine Schuld aus Irrthum an einen Andern bezahlt hat, als dem man sie schuldig ist.

β) Wenn man dasjenige, was ein Anderer schuldig ist, in der Meinung bezahlt, als ob man es selbst schuldig wäre. Beyde Fälle hat Paulus, wenn er *L. 65. §. 9. D. h. t.* sagt: *Indebitum* est non tantum, quod omnino non debetur, sed et *quod alii debetur, si alii solvatur: aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.* Oder

b) wegen des gänzlichen Mangels der natürlichen Fähigkeit auf Seiten des Zahlenden, sich gültig zu verbinden. Dahin gehört, wenn Pupillen, oder gerichtlich erklärte Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung

contrahirt und bezahlt haben. Hier kann die Zurückforderung geschehen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wissentlich, oder aus Irrthum geleistet worden sey[80]. Dieß ist es, was Ulpian[81]) in folgenden Worten lehrt: Interdum *persona* locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. *Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur.*

§. 829.

Inwiefern findet Zurückforderung einer Nichtschuld Statt?

Um nun also genauer zu bestimmen, wenn die Zurückforderung einer Nichtschuld Statt finde; so sind folgende Grundsätze zu bemerken.

I) Ist die Nichtschuld blos in Rücksicht der Person, welche die Zahlung leistete, oder welche sie empfing, ein indebitum, so findet die Condiction unbedingt Statt. Außer der bey dem vorigen §. angeführten Gesetzstelle sind hier noch folgende zu bemerken.

L. 19. §. 1. *D. h. t.* Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit: veluti si is, qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hereditario solverit; hic enim neque verus heres liberatus erit, et is, qui dedit, repetere poterit.

 L. 18.

80) G. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77.

81) *L.* 29. *D. h. t.*

L. 8. Cod. eodem. Creditoris falso procuratori solventi, adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.

Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Zahlende die Schuld eines Dritten in der Meinung bezahlt habe, als ob er sie selbst schuldig sey [82]). Denn trug er sie für den Schuldner ab, in dem irrigen Glauben, er sey diesem dazu verbunden; so findet gegen den Empfänger nicht die condictio indebiti, sondern nur gegen den, welchem dadurch genutzt ist, die actio negotiorum gestorum contraria Statt [83]). Von diesem Falle ist nach der Meinung der meisten Ausleger [84]) die *L. 44. D. h. t.* zu verstehen, wo Pau-

82) *L. 38. §. 2. in fin. D. de Solut.*

83) *L. 39. D. de negot. gest. L. 23. D. de Solut.* S. THIBAUT Syst. des P. R. 2 Th. §. 973.

84) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 9. *Ant.* FABER Rational in L. 44. D. h. t. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 13. *Ger* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag 300. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. h. t. pag. 236. sqq. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 9. *Iul.* PACIUS Legum conciliator. Centur. IV. Qu. 1. *Ant.* SCHULTING Thesium controv. Decad. XLIV. Th. 5. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exerc. XI. Th. 24. *Hug.* GROTIUS Flor. sparsion. ad Ius Iustinian. pag. 155. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXI. pag. 372. Andere Ideen haben jedoch *Lud.* CHARONDAS Πιϑαν L. Verisimil. Lib. II. c. 15. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 765.) *Gilb.* REGIUS Ἐναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 12. (bey OTTO Tom. II. pag. 1485.) *Greg.* LOPEZ MADERA Animadversion. iuris civ. cap. 13. (bey OTTO Tom. III. pag. 458.) *Pet.* ORANGIANUS Para-

Paulus sagt: Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Zwar wird hier nicht ausdrücklich gesagt, daß die Zahlung im Namen des Schuldners geschehen sey. Allein dieser Sinn liegt, wie **Hugo Donellus** [85]) ganz richtig bemerkt, in dem Geist der Worte. Observandum enim est, sagt dieser Rechtsgelehrte, non simpliciter dici, nullam esse repetitionem a creditore, sed a creditore, qui suum recepit. *Suum, aut sibi debitum recipere solus is proprie dicendus est, qui recipit aut a debitore ipso, aut ab alio quidem, sed nomine debitoris.* Nam cum constat omne debitum duorum persona, debitoris et creditoris, si quid dederis creditori, in quo dando non versetur debitor, omnino id debitum dici non potest: proinde nec creditor in eo sibi debitum recepisse. Hierher gehört noch eine andere Stelle, welche besonders diese Erklärung unterstützt, nämlich die *L. 5. Cod. de petit. hered.* in welcher es heißt: De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronunciatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris. *Nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest.* Auch hier sind die letzten Worte von dem Falle zu verstehen, wo der Besitzer der Erbschaft im Namen des Erben, der sich etwa schon gemeldet, Zahlung geleistet hatte [86]). Auf jeden Fall

 aber

Paradox. iuris civ. cap. 19. (bey OTTO Tom. V. pag. 624.) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. und EMMINGHAUS ad Eundem not. k.

85) Loc. cit. pag. 695.

86) S. **Westphals** syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 505.

aber dient diese Stelle zum Beweis, daß das *suum recipere*, nicht gerade, wie viele glauben, auf einen solchen Fall hindeute, wo dem Eigenthümer seine eigene Sache gegeben worden ist. Denn wie hätte auch nur von fern darüber Zweifel entstehen können, ob der Eigenthümer seine Sache wieder herausgeben müsse, wenn sie ihm von einem Dritten aus Irrthum gegeben worden ist, da die Einrede des Eigenthums auch sogar die actio publiciana ausschließt?

II.) Ist die Nichtschuld eine solche in Rücksicht auf die causam debendi, und zwar eine absolute, so ist wieder die Condiction unbedingt begründet.

L. 22. *D. h. t.*, Sed et si me putem tibi aut Titio promisisse, quum aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero.

L. 37. *D. eodem.* Servum meum nesciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, et eo nomine *condictionem* mihi esse, omnimodo puto.

L. 54. *D. eodem.* Ex his omnibus causis, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione Condictioni locus erit.

Hierher gehört noch insonderheit die famöse *L.* 38. *D. h. t.* wo Afrikanus folgenden Fall entscheidet: Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum: pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset;

set; *naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri,* quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio, eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam *Iulianus* probaret: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. Ueber dieses Gesetz, welches man für eine der schwierigsten Stellen des römischen Gesetzbuches hält, ist viel geschrieben [87]). Den besten Commen-

F 5

87) Man vergleiche hierüber *Iac.* CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. IX. (Operum Tom. I. pag. 1506.) *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XX. cap. 20. *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 19. ROBERTI Recept. iuris Lect. Lib. I cap. 30. MASII Sing. Opinion. Lib. IV. cap. 6. sqq. *Lud.* CHARONDAE Verisimil. Lib. I. cap. 9. BACHOVIII Notae et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. I. Disputat. XXII. Th. 9. lit. B. *Ant.* LESCURII, *Iul.* PACII, *Ioann.* MERCERI, *Fr.* DAVYDARGENTEI et *Marq.* FREHERI in L. Frater a fratre 38. D. de condict. indeb. Commentarii (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 529. sqq.) CABOTII Disputat. Lib. I. cap. 22. sqq. *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iuris civ. libr. cap. 10. (in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 23. sqq.) *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitat. ad Pand. Vol. I, Disp. XXV. Th. 14. *Petr. de* TOULLIEU Collectanea iuris civ. Diss. II. pag.

mentar aber geben uns darüber die **Basiliken**[88]), welche den Sinn dieses Fragments auf folgende Art ganz deutlich darstellen. *Δανεισάμενος παρά τοῦ συνυπεξουσίου μου ἀδελΦοῦ, κατέβαλον ἀυτῷ μετὰ θανάτον τοῦ πατρὸς μου. πρὸς μέν τὸ μέρος εἰς ὅ κληρονομῶ, ἀναλαμβάνω, καθ. ὅσον δὲ κληρονομεῖ ὁ ἀδελΦός μου, τοσοῦτον ἀναλαμβάνω, ὅσον ἐκ τοῦ πεκουλίου περιῆλθεν ἐις αὐτὸν, ἀναιρεῖται γὰρ ἡ Φυςικὴ ἐνοχὴ τοῦ πεκουλίου εἰς ἀυτὸν περιερχομένου. ἀμέλει ἐὰν ληγατευθῇ μοι τό πεκούλιόν μου, ὑπεξαιρεῖ ται τὸ χρέος. εἰ δὲ καὶ ἀπὸ ἐξωτικου δανείσομαι, ἔιτε κατέβαλον ἀυτῷ μετὰ θάνατον τοῦ πατρὸς, τοσοῦτον λαμβάνω παρὰ τῶν συγκληρονάμων μου ἐν τῇ της Φαμιλίας τῶν πραγμάτων διαιρέσει, ὅσον ἀ υτοῦν ἀπαιτεῖν ὁ δανειςὴς ἠδυνάτο διά τῆς περὶ τοῦ πεκουλίου ἀγωγῆς, ἔιτε μήπω κατέβαλον, ὅυτω διαιρεῖται τὸ πεκούλιόν μου ἐν τῇ διαιρέσει τῆς Φαμιλίας, ὥςε γενέσθαι μοι τρὸς τὸ ποσόν ἀυτοῦ ἀσΦάλειαν τοῦ ἀζημίου.* i. e. *A fratre meo, qui in eiusdem potestate erat, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvi. Pro ea parte, qua patri heres extiti, repeto: pro ea vero, qua frater heres extitit, tantum repetam, quantum ex peculio ad eum pervenit: naturalis enim obligatio sublata est, quia peculium ad eum pervenit. Certe si peculium mihi legatum sit,*

pag. 46. sqq. *Ev.* OTTONIS Praefat. ad Tom. V. Thes. iuris Rom. pag. 24. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. *Cornel. van* ECK Commentat. de septem damnatis Legibus Pandectar. seu Crucibus ICtorum. cum praefat. *Christ. Gottl* REINHARDTI rec. *Halae 1766.* Cap. 3. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. und *Henr. Dav.* GERLACH Diss. ad celeberr. et intricat. Legem 38. pr. D. de condict. indeb. *Tübingae 1738.* und *Io. Phil.* HAHN Disp. ad Leges damnatas. *Moguntiae 1748.* Analys. 3.

88) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 6. const. 38. pag. 554.

sit, deducitur debitum. Sed et si ab extraneo mutuatus sim, sive ipsi solverim post mortem patris, tantum iudicio familiae erciscundae recipio a coherede, quantum ab his creditor de peculio consequi potuisset: sive nondum solverim, ita peculium meum dividitur in familiae erciscundae iudicio, ut ad quantitatem eius indemnitas mihi praestetur. Ein Bruder hatte dem andern während der väterlichen Gewalt von seinem Pekulium ein Darlehn gegeben. Da beyde Brüder noch in der väterlichen Gewalt waren, so konnte daraus keine bürgerlich vollgültige, sondern nur eine natürliche Verbindlichkeit entstehen [89]. Nach dem Tode des Vaters theilen sich die Brüder in die väterliche Erbschaft, und der Schuldner bezahlt seinem Bruder das ganze Darlehn, in der Meinung, daß er es ihm zu bezahlen schuldig sey. Es entstand nun die Frage, ob und in wie fern er das Bezahlte zurückfordern könne? Da die Schuldforderung, als eine pekuliarische, zur väterlichen Erbschaft gehörte, so war sie in soweit durch Confusion gehoben, als der Schuldner Erbe seines Vaters geworden war. Da nun in soweit auch die natürliche Verbindlichkeit erloschen war, so konnte auch nach dem Verhältniß dieses Erbtheils, mithin zur Hälfte, die Zahlung ohne Zweifel als eine Nichtschuld, zurückgefordert werden [90]. Allein in Ansehung des andern Theils der Schuldforderung, welchen der Darleiher geerbt hatte, kam es darauf an, ob er bey der Erbthei-
lung

89) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 132. S. 234.

90) Es ist daher ganz ohne Grund, wenn *Fr.* HOTOMANUS Lib. XI. Observat. cap. 3. und in Vet. renovata Disputat. in L. 38. Africani, Quaestionib. illustrib. adj. statt repetiturum, *non repetiturum* lesen will; welchen deshalb TOULLIEU in Collectan. iuris civ. pag. 50. sqq. sehr ausführlich widerlegt hat.

lung einen Antheil von dem Pekulium des Schuldners erhalten hatte, oder nicht. In dem ersten Falle war die Schuld auch in Ansehung des Antheils, welchen der Darleiher daran geerbt hatte, insoweit durch Compensation getilgt, als der Antheil, den derselbe von dem Pekulium des Schuldners erhalten hatte, betrug; und konnte also insoweit auch als eine Nichtschuld condicirt werden. In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. der Vater dem schuldenden Sohne das Pekulium prälegirt hätte, fällt die Zurückforderung weg. Denn da das Pekulium immer nur von demjenigen Vermögen verstanden wird, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt [91]), so hätte der Bruder, welcher dem andern das Geld geliehen hatte, seinen Antheil von der auf dem Pekulium haftenden Schuld bey der Erbtheilung abziehen können. Aus gleichem Grunde muß aber auch der Gläubiger diese Schuld zu seinem Antheile übernehmen, wenn das Pekulium des Schuldners unter beyde Brüder vertheilt worden ist. **Afrikan** bestärkt diese Wahrheit noch durch folgendes Argument. Wäre der Bruder das Geld einem Dritten schuldig gewesen, und dieser hätte nach dem Tode des Vaters seine Bezahlung verlangt, so könnte erster, wenn von ihm die ganze Schuld bezahlt worden, mit der Erbtheilungsklage von dem andern Bruder, als Miterben, einen Ersatz pro rata fordern, soweit nämlich die actio de peculio gegen ihn Statt gefunden hätte. Denn diese Klage hatte nach des Vaters Tode gegen

91) *L. 9. §. 2. L. 11. §. 6. D. de peculio. L. 30. pr. D. de actionib. emti venditi.*

92) *L. 18. §. 5. D. Famil. erciscund.*

gen die sämmtlichen Erben pro rata Statt, weil das Pekulium des Sohns zur Erbschaft des Vaters gehörte [92]. Gesetzt aber die Theilung wäre geschehen, ehe noch der fremde Gläubiger auf die Zahlung drang, so könnte der Schuldner gleich bey der Theilung des Pekuliums von dem Miterben Sicherheit verlangen, daß er ihn auf den Fall, da er die ganze Schuld bezahlen müßte, zu seinem Antheil entschädigen wolle. Ist dieses bey einem fremden Gläubiger Rechtens, wie vielmehr, wenn der Miterbe selbst der Gläubiger ist?

Es giebt jedoch Fälle, in welchen auch eine absolute Nichtschuld nicht zurückgefordert werden kann. Dahin gehört,

1) wenn Jemand wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, auf deren Abläugnung die Strafe des Doppelten gesetzt ist, und das Einfache bezahlt, ohne es wirklich schuldig zu seyn. Hier findet des Irrthums ungeachtet keine Condiction Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet:

§. 7. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* Ex quibusdam tamen caussis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt Veteres: *ex quibus caussis inficiando lis crescit, ex his caussis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex Lege Aquilia, item ex legato.* Quod Veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta, per damnationem cuique legata fuerunt: nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit,

sit, huismodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc praebuit, *sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis Ecclesiis et caeteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt*: quae si indebita solvantur, non repetuntur.

L. 4. *C. h. t.* Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi iuris est.

Der Grund, auf welchem diese Verordnung beruht, scheint der zu seyn, weil hier eine Art von Vergleich angenommen wird, vermöge welchen derjenige, an den die Forderung gemacht wurde, lieber das Einfache habe bezahlen wollen, als sich der Gefahr, aufs Doppelte condemnirt zu werden, auszusetzen [93]). Ob diese Vorschrift schon nach Justinianeischem Recht als aufgehoben anzusehen sey, wie **Thibaut** [94]) behaupten will, ist noch vielen Zweifeln unterworffen. **Justinian** sagt zwar *L. ult. C. h. t.* Sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, ut aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, *et praesumtionem transactionis non contra eos induci: nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.* Allein man erwäge, daß diese *L. ult.* vom Jahr 530. ist, und **Justinian**, in seinen weit später publicirten Institutionen §. 7. *cit.* dasjenige, was

93) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. *Ian.* a COSTA und *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 7. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.

94) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 5. Abh. Nr. II. S. 152.

was in der *L.* 4. *C. h. t.* steht, nochmals wiederholt habe. Es läßt sich also nicht wohl behaupten, daß dasjenige, was kurz zuvor in der *L.* 4. *C. h. t.* gesagt worden, durch die *L. ult. C. eodem.* aufgehoben worden sey. Hätte es in der *L.* 4. wohl heißen können *certissimi iuris est*, wenn es ein abrogirtes Gesetz wäre? Wer also einer frommen Stiftung irrig Legate zahlt, kann solche nicht zurück fordern [95]). Insofern jedoch die poena dupli heutzutage nicht mehr Statt hat, ist billig anzunehmen, daß jetzt in einen solchem Falle die condictio indebiti angestellt werden könne.

2) Wenn der Vater, welcher mit der actio de peculio belangt ward, aus Irrthum über den Bestand des peculii zahlte. Auch hier fällt die Zurückforderung weg, wie Paulus lehrt *L.* 11. *D. h. t.* Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest.

§. 830.

Fortsetzung.

III. Ist die Nichtschuld ein indebitum civiliter tale, so findet nur dann eine Zurückforderung des Gezahlten Statt, wenn die natürliche Verbindlichkeit durch die positiven Gesetze gänzlich vernichtet und aufgehoben worden ist. Die Condiction fällt also weg,

1) wenn etwas zur Erfüllung einer unvollkommenen Pflicht gegeben worden ist, z. B. aus Dankbarkeit, und in der Meinung, eine Wohlthat oder Gefälligkeit zu vergel-

95) Eben dies behauptet auch THIBAUT selbst im System des Pandectenrechts 2. B. §. 973.

gelten. Daß hier das Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden könne, leidet an sich keinen Zweifel [96]). Allein der Grund davon liegt nicht in der Natur der unvollkommenen Verbindlichkeit, sondern vielmehr in der freywilligen Leistung dessen, was der Empfänger zu fordern kein Recht hatte, welche als eine Schenkung angesehen wird [97]). Paulus sagt dieses ganz deutlich *L.* 95. §. 2. *D. h. t.* wo es heißt: Id quoque, quod ob caussam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, *quia donare volui*, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. Es wird aber freylich vorausgesetzt, 1) daß der Gebende gewußt habe, daß er nur unvollkommen verpflichtet sey, und daß er auch 2) habe schenken können. Gab er es hingegen in der Meinung, er sey vollkommen verpflichtet, so läßt sich nicht behaupten, daß die Condiction wegfalle. Man setze z. B. daß jemand seinem Wohlthäter eine Anleihe schuldig zu seyn geglaubt, und aus Irrthum bezahlt habe. Hier kann der condictio indebiti nicht mit Grund entgegengesetzt werden, daß der Kläger gegen ihn die unvollkommene Pflicht der Dankbarkeit gehabt habe, und daher das Gegebene nicht wieder zurückfordern könne [98]). Nur einen Fall enthält das römische Recht, wo der bloßen Liebespflicht die Wirkung beygelegt ist,

96) *L.* 52. *D. h. t.* Cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, *etiamsi falsa caussa sit*, repetitio eius pecuniae non est.

97) S. Webers Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 49. ferner Desselben Versuche über das Civilrecht S. 289. ff.

98) S. HERT Diss de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter. §. 22. und de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 5.

ist, daß sie an sich schon die Condiction ausschließt, wenn gleich die Zahlung in der falschen Meinung geschahe, eine vollkommene Verbindlichkeit zu erfüllen. Diese Ausnahme findet in Ansehung eines Brautschatzes Statt, welchen eine Person von ihrer Mutter oder Großmutter erhalten hat. Hier soll, wenn auch gleich die Empfängerin nicht hätte darauf klagen können, dennoch die bloße Liebespflicht die Wirkung haben, daß der Brautschatz, ob er gleich in der Meinung einer vollkommenen Verbindlichkeit, mithin aus Irrthum und also sine animo donandi gegeben worden war, nicht mit der condictio indebiti zurückgefordert werden können [99]. Diese besondere Verordnung ist aber immer nur als Ausnahme zu betrachten, und kann daher nicht auf andere Fälle in andern persönlichen Verhältnissen ausgedehnt werden [100].

Man hat zwar auch in der *L. 26. pr. D. h. t.* noch einen Fall dieser Art anzutreffen geglaubt, wo Ulpian sagt: Si non sortem quis, *sed usuras indebitas solvit*, repetere non poterit, *si sortis debitae* [1]) *solvit*. Vermöge die-

99) *L. 32. §. 2. D. h. t.* Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.*

100) S. Weber von der natürl. Verbindl. § 49. S. 149.

1) Baudoza und Haloander lesen *sorti debitas*. Eben so unser Erlanger Pandecten-Codex. Allein daß die Florentinische Leseart *sortis debitae* den Vorzug verdiene, zeigt WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. III. cap. VI. §. 12. Not. *. pag. 675. Man sehe auch *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 13. circa fin.

dieses Gesetzes nimmt man fast allgemein an, daß Zinsen, welche von einem unverzinslich ausgeliehenen Kapital aus Irrthum indebite bezahlt worden sind, sofern sie nur nicht die gesetzmäßige Quantität übersteigen, nicht zurückgefordert werden könnten, weil die Zinsen als eine Remuneration für die Wohlthat des dargeliehenen Kapitals anzusehen wären, deren Zurückforderung die Pflicht der Dankbarkeit verletzen würde [2]). Ingratus enim est, sagt schon Seneca [3]), qui beneficium reddit sine usura. Allein eines Theils ist man noch selbst über den eigentlichen Sinn dieser Stelle nicht einig, ob sie wirklich, wie die gemeine Meinung annimmt, von einer aus Irrthum geschehenen, oder, wie **Weber** [4]) behauptet, von einer wissentlichen Zahlung nicht schuldiger Zinsen zu verstehen sey; da die Gründe für die letzte Erklärung gewiß nicht unerheblich sind, obwohl **Thibaut** [5]) die gemeine Meinung in Schutz genommen hat; andern Theils aber lehrt auch die *L.* 18. *Cod. de Usuris* unwidersprechlich, daß wenigstens nach diesem

2) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. SCHILTER Praxis iur. Rom. Exercit. XXII. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3089. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 488.

3) Epist. 81.

4) Diss. de usuris indebite solutis. §. 18—21. In Desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 316. ff. Ferner Derselbe von der natürlichen Verbindlichkeit §. 49. Not 8. und zu Höpfner's Commentar über die Heinec. Institutionen §. 954. Not. 1. S. 993.

5) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Bd. Nr. V. S. 152. ff.

sem Gesetz die Zurückforderung der aus Irrthum indebite gezahlten Zinsen gar keinem Zweifel unterworffen sey. Es heißt nämlich darin: *Indebitas usuras*, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, *exclusa veteris iuris varietate repeti posse*, perpensa ratione firmatum est. Man sieht überdies aus diesem Gesetz, daß die Sache überhaupt unter den alten röm. Juristen streitig gewesen sey [6].

2) Wenn bey der Zahlung eine natürliche Zwangspflicht zum Grunde lag, welche von den positiven Gesetzen nicht ganz aufgehoben, sondern nur in ihren Wirkungen eingeschränkt ist. Es findet daher keine Zurückforderung Statt.

a) wenn Etwas vermöge eines pacti nudi, welches nach dem röm. Recht keine klagbare Verbindlichkeit wirkt, bezahlt worden ist [7].

b) Wenn ein Gelddarlehn, welches der Schuldner während der väterlichen Gewalt ohne Einwilligung seines

6) Man sehe noch *Io. Frid.* MEISTER Diss. de eo, quod iustum est in usuris pecuniae mutuae annuisque reditibus indebite solutis tum condicendis, tum de sorte detrahendis. *Goettingae* 1786. BAUER Progr. de usuris sorti imputandis vel repetendis (in *Opuscul.* Tom. II. p. 294. sq.) WALCH Controv. iuris civ. pag. 675. sq. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. 73. Not. a. S. 244. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1113. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 973. not. f.

7) *L. 7. §. 4. D. de pactis. L. 5. §. 2. D. de solut. L. 21. Cod. de pact.*

Vaters aufgenommen hatte, aus Irrthum nachher wieder bezahlt worden ist [8]).

c) Wenn die Klage des Gläubigers durch Verjährung erloschen war, und der Schuldner dennoch aus Irrthum bezahlt hat. Hier fällt die Condiction darum weg, weil die Verjährung nur das Recht zu klagen ausschließt, nicht aber die Verbindlichkeit des Schuldners an sich aufhebt [9]).

d) Wenn

8) *L. 9. §. 4. et 5. L. 10. D. ad SCtum Maced. L. 40. pr. D. de condict. ind.*

9) *L. 40. D. h. t.* Es lassen sich eigentlich hier zwey Fälle gedenken. Den Schuldner veranlaßte entweder eine Unwissenheit des Rechts zur Zahlung, oder er irrte im facto, indem er nicht wußte, daß die Verjährungszeit schon verstrichen sey. Daß in dem ersten Fall keine Zurückforderung Statt finde, leidet keinen Zweifel, weil hier die Absicht des Klägers auf ein Lucrum gerichtet wäre. *L. 7. D. de iuris et facti ignor. L. 9. C. Leg. Falcid.* In dem letztern Falle hingegen gaben die Gesetze dem Schuldner blos eine Einrede gegen die gerichtliche Klage des Gläubigers, und zwar nicht um seinetwillen, sondern zur Strafe des Gläubigers, wegen vernachläßigter Verfolgung seines Rechts. Ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, sagt *L. 40. cit.* perperam solutum non repetitur. Zwar wollen dennoch mehrere Rechtsgelehrten in diesem letzteren Falle dem Schuldner die Zurückforderung des Bezahlten gestatten. S. WERNHERI lectiss. Commentat. in Pand h. t. §. 5. Allein der Grund, den man aus der *L. 37. D. de fideiussor.* hernimmt, beweißt diese Meinung nicht. Denn es wird in dem Gesetz nicht gesagt, daß die Bürgschaft nach abgelaufener Verjährungszeit darum nicht gelten solle, weil nun die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nach Vorschrift der Civilgesetze erloschen sey; sondern es wird vielmehr der Grund angeführt: *quoniam erroris fideiussio nulla est.* Man sehe hier

Wes

d) Wenn ein Bürge aus Irrthum unterließ, sich der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Ordnung oder der Theilung zu bedienen, und die Schuld bezahlte, ehe der Schuldner ausgeklagt war, oder das Ganze bezahlte, da doch zahlungsfähige Mitbürgen vorhanden waren [10]).

e) Wenn ein Schuldner, der durch die Wohlthat der Competenz gedeckt war, dennoch aus Irrthum das Ganze bezahlte [11]).

Dahingegen findet die Condictio indebiti Statt,

1) wenn zwar an sich eine wirkliche Schuld vorhanden war, von welcher aber der Schuldner durch ein rechtskräftiges Erkenntniß losgesprochen worden ist, wenn dieser dennoch aus Irrthum Zahlung geleistet hat. Viele [12]), zu denen auch Hellfeld gehört, sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, da durch einen solchen Richterspruch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben werde, so könne auch keine Zurückforderung Statt finden, und führen selbst Gesetzstellen für ihre Meinung an. Paulus lehre dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 28. *D. h. t.* sagt: Iudex si male absolverit, et absolutus *sua spon-*

Weber's syst. Entwick. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 92.

10) *L.* 26. *L.* 49. §. 1. *in fin. D. de fideiuss.* HERT. cit. Diss. §. 8. et §. 10.

11) *L.* 5. §. 1. *L.* 9. *D. de condict. indeb.* C. HERT. cit. Diss. §. 11.

12) *Ant.* FABER Rational. ad Pand. in L. 60. D. h. t. ZOESIUS Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 2. nr. 14. BROCKES Observat. select. Argum. 1. SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 3. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 487.

sponte solverit, repetere non potest. Ja er bestärke dieses nochmals in der *L. 60. princ.* aus dem Grunde: Licet enim absolutus, *natura tamen debitor permanet.*

Allein offenbar reden diese Gesetze von dem Falle, da der Schuldner, welcher durch einen ungerechten Richterspruch ist losgesprochen worden, dennoch die Schuld von freyen Stücken bezahlt hat, ob er gleich wußte, daß er losgesprochen sey. Nun ist zwar freylich nicht zu längnen, daß an sich ein ungerechter Ausspruch des Richters, wenn man auf wirkliches Recht, und wirkliches Unrecht sieht, den Schuldner von der natürlichen Verbindlichkeit nicht befreye. Selbst die röm. Rechtsgelehrten haben auch diese an sich fortdauernde natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht verkannt, wie nicht nur aus der angeführten Stelle des **Paulus** *L. 60. h. t.* sondern auch noch aus einer andern des **Venulejus** *L. 8. §. 1. D. Rem ratam haberi* erhellet. Allein man ist, wie **Weber**[13]) sehr gründlich bemerkt hat, offenbar zu weit gegangen, wenn man diese Stellen dahin gedeutet hat, daß die erwähnte natürliche Verbindlichkeit auch vor Gericht in der Maaße geltend gemacht werden könne, daß der Gläubiger eine Einrede daraus hernehmen, und den Schuldner damit zurückweisen könne, wenn dieser das Gezahlte zurückfordern wollte. Denn ohne Zweifel muß das als wirkliches Recht gelten, und in den Gerichten dafür angesehen werden, was einmal förmlich und rechtskräftig dafür erkannt worden ist. **Ulpian** sagt *L. 25. D. et statu hom.* Res iudicata pro veritate accipitur; und erklärt sich darüber in der *L. 56. D. de*

re

13) Syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 94. S. 405. ff.

re iudicata noch weiter dahin, daß nach rechtskräftig entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzulässig zu verwerffen sey. Daraus folgt nun, daß das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Schuldner absolvirt worden ist, den vollgültigsten Beweis der Nichtschuld ausmachen müsse, und folglich bey geschehener Zahlung aus Irrthum die condictio indebiti begründet sey [14]. Es ergiebt sich dieses noch insonderheit aus *L.* 43. *D. h. t.* wo Paulus sagt, wenn Jemand geschworen hat, daß er nichts schuldig sey, so könne er das aus Irrthum Bezahlte zurückfordern. Nun wird dem Eide und einem rechtskräftigen Richterspruche in den Gesetzen gleiche Wirkung beygelegt [15].

2) Wenn eine Frauensperson aus übernommener Bürgschaft in der Meinung, als ob sie dazu verbunden gewesen, Zahlung geleistet hat [16]. Man rechnet hier auch

3) wenn ein gerichtlich erklärter Verschwender, oder ein Pupill etwas ohne Einwilligung des Vormundes versprochen, und bezahlt hat [17], weil Neratius *L.* 41. *D. h. t.* den Grund seiner Entscheidung: Quod pupillus, si

 sine

14) Mit Recht sagt *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 12. *Absolutus semper pro eo habetur, quasi non deberet.* Quodsi illam vim rei iudicatae concedunt omnes, sciant quoque, hoc admisso, indebiti soluti repetitionem locum habere. Man sehe auch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. de COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. 11. und *Io. Sam.* STRYK Diss. de absoluto per sententiam iniustam ad effectus civiles non obligato. *Halae 1710.*

15) *L.* 56. *D. de re iudic.*

16) *L.* 40. *D. h. t.* *L.* 9. *Cod. ad SCtum Vellejan.*

17) L. 6. *D. de verb. oblig.* *L.* 29. *D. h. t.*

sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, ausdrücklich darin setze, *quia nec natura debet*[18]). Allein hier findet condictio sine causa Statt. Hingegen ist die condictio indebiti begründet,

4) wenn der Gläubiger wegen unerlaubter Privatgewalt sich seiner Forderung an den Schuldner verlustig gemacht, und der Schuldner dennoch aus Irrthum Zahlung geleistet hat[19]).

§. 831.

Fortsetzung.

IV. Ist die Nichtschuld ein indebitum naturaliter tale, so kommt es darauf an, ob die obligatio civilis, vermöge welcher die Zahlung geschahe, von der Art ist, daß der Schuldner mit Wirkung darauf hätte belangt werden können, oder nicht, sondern ihr eine Exception entgegen stand, welche die Klage unwirksam gemacht hätte. Nur in dem letztern Falle findet Zurückforderung des Gezahlten Statt, in dem erstern aber fällt sie weg. Dahin gehört,

1) wenn ich mich mit demjenigen, der eine Forderung an mich machte, verglichen habe, und ich entdecke nachher meinen Irrthum, so findet keine Zurückforderung des Gezahlten Statt, wenn ich auch nichts schuldig war[20]). Denn der Irrthum betrift hier gerade den streitig gewesenen

18) S. *Frid. Gottfr.* HOUCKII Diss. de rationibus veterum ICtor. falso suspectis. *Traj. ad Rhen.* 1734. cap. 3. §. 4. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 360. sq.)

19) *L.* 12. §. 2. *L.* 13. *D. Quod. metus causa.* Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 94. S. 403.

20) *L.* 2. *Cod. h. t.*

nen Gegenstand, nämlich die Existenz oder Nichtexistenz der Schuld. Ein solcher Irrthum kann nie dazu benutzt werden, einen geschlossenen Vergleich anzufechten [21]). Ich konnte also auch aus dem Transact mit Wirkung belangt werden. Es muß nur aber dem andern Transigenten kein erweißlicher Dolus zur Last fallen. Dieser würde eine Zurückforderung rechtfertigen, so wie er die Klage aus dem Transact zernichtet haben würde; wie aus folgender Stelle des Paulus erhellet. *L.* 65. §. 1. *D. h. t.* Et quidem, *quod transactionis nomine datur*, licet res nulla media fuerit, *non repetitur:* nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. *Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.*

2) Wenn Jemand widerrechtlich zur Zahlung verurtheilt worden ist, und er hat dem Urtheil zu Folge bezahlt, so findet keine Zurückforderung Statt. Ulpian sagt *L.* 29. §. 5. *D. Mandati*: propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur. Eben dieses bestätigt auch eine Verordnung des Kaisers Antoninus *L.* 1. *C. h. t.* wo es heißt: Pecuniae indebitae per errorem, *non ex causa iudicati solutae*, esse repetitionem iure condictionis, non ambigitur.

3) Wenn eine Strafe bezahlt worden ist, welche nach dem Civilrecht verwirkt war, so findet keine Zurückforderung Statt, wenn gleich nachher solche Umstände eingetre-

 ten

21) S. den 5. Theil dieses Commentars §. 348. S. 23. f.

ten wären, unter welchen nur auf Seiten desjenigen, welcher die Strafe bezahlt hat, die Schuld wegzufallen scheint. So ist der Ausspruch Ulpians zu verstehen, wenn er *L.* 42. *D. h. t.* sagt: Poenae non solent repeti, quum dependsae sunt; womit auch Cajus *L.* 46. *D. de reg. iuris* übereinstimmt, wo es heißt: Quod a quoque poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten [22]) der Meinung, daß zu Folge der angeführten Gesetze bey bezahlten Strafen die condictio indebiti ganz wegfalle, wenn sie auch gleich Anfangs aus Irrthum wären indebite bezahlt worden. Nach andere [23]) unterscheiden, ob von conventional- und solchen Strafen die Rede sey, welche der Richter auferlegt hatte, oder von gesetzlichen Strafen. Nur in jenem Falle finde die Condictio indebiti nicht Statt, wohl aber in dem letztern. Allein daß auch bey Strafen, wenn solche aus Irrthum, und ohne dieselben verdient zu haben, bezahlt worden sind, die condictio indebiti nicht ausgeschlossen sey, lehrt Ulpian deutlich, wenn er *L.* 23. §. 4. *D. h. t.* sagt: Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est, solutum ex falsa eius causa repeti posse. Es ist also wohl ausser Zweifel, daß die oben angeführten Gesetzstellen nur von solchen Fällen zu verstehen sind, wo die bezahlte Strafe anfangs verwirkt war, und erst nachher etwas hinzu gekommen ist, wo-

22) *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pand. h. t. §. 25. nr. V.

23) *Amad.* ECKOLT Compend. Pandect. Tractat. h. t. §. 6.

wodurch dieselbe nun indebita geworden zu seyn scheint [24]). Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man damit die Beispiele vergleicht, welche hiervon in den Gesetzen vorkommen. Ein solches Beyspiel führt Ulpian in der *L.* 3. §. 14. *D. de tabulis exhib.* an, welche eben so, wie die oben angeführte *L.* 42. *D. h. t.* aus desselben *Libro* 68. *ad Edictum* genommen ist, und wahrscheinlich mit der letztern in einer unmittelbaren Verbindung gestanden hat. Ein Legatar klagte, während die Bedingung des Vermächtnisses noch pendens war, gegen den Erben auf Vorzeigung des Testaments. Letzter verweigerte die Vorzeigung, und wurde wegen seines Ungehorsams bestraft. Hier findet keine Zurückforderung der bezahlten Strafe Statt, wenn gleich nachher die Bedingung nicht zur Wirklichkeit kam, und folglich das Interesse des Legatars wegfiel. Quia poena contumaciae praestatur ab eo, qui non exhibet. Ein anderes Beyspiel führt Modestin an *L.* 1. §. 2. *D. de lege Iulia ambitus*, wo es heißt: Qua Lege damnatus, si alium convicerit, in integrum restituitur: *non tamen pecuniam recipit* [25]). Ein drittes Beyspiel hat Julian *L.* 35. *D. h. t.* Qui ob rem non defensam solvit, quamvis postea defendere paratus est, *non repetet*, quod solverit. Ein viertes Ulpian *L.* 22. *pr. D. de pignerat. act.* Quod debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum

24) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 39. und besonders *Iac.* VOORDA Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 6.

25) Die Strafe bestand in einer Geldsumme von 100. aureis. *L.* 1. §. 1. *D. de L. Iul. ambit.* Man s. auch *Iac.* CUJACII Observat. Lib. VII. cap. 28.

putandum, videamus? *Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est, et traditum.*

§. 832.

Eine Entsagung dieser Condiction ist ohne Wirkung.

Es ist bereits oben (S. 71.) bemerkt worden, daß der nächste Grund dieser Condiction in der natürlichen Billigkeit beruhe, welche nicht erlaubt, daß sich Jemand mit dem Schaden eines Andern bereichere. Nam hoc natura aequum est, sagt Pomponius *L.* 14. *D. h. t.* neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Wenn nun der Empfänger der Nichtschuld sich wirklich reicher befände, würde dem Kläger wohl eine Verzichtleistung mit Wirkung entgegen gesetzt werden können [26])? Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

1) Es ist blos eine allgemeine Verzichtleistung auf die etwa zustehenden Einreden und Rechtswohlthaten überhaupt geschehen. Hier sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß hierdurch die nachherige Anstellung der condictionis indebiti nicht ausgeschlossen werde. Denn eine Entsagung kann nie weiter, als wirklich die Absicht des Entsagenden gieng, zu dessen Nachtheil ausgedehnt, und auf Etwas erstreckt werden, woran der Entsagende gar nicht dachte [27]); weil alle Entsagung streng zu erklären ist. Nun dachte der Entsagende sicher an den Irrthum nicht, wel-

26) S. *Io.* WUNDERLICH Diss. de condictionis indebiti renunciatione. *Ienae 1757.*

27) *L.* 47. §. 1. *D. de pactis. L.* 24. *Cod. de Transf.*

welcher erst nachher ist entdeckt worden. Es kann ihm also auch eine aus Irrthum geschehene Entsagung nicht verbinden [28]), da der Irrthum die Einwilligung ausschließt. Hierzu kommt noch die deutliche Verordnung der *L. ult.* §. 3. *D. h. t.* wo Scävola sagt: Idem quaesiit, an pactum, quod in *pariationibus* [29]) adscribi solet in hunc modum: *ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse*, impediat repetitionem? Respondit, nihil proponi, cur impediret.

2) Es ist namentlich der condictio indebiti entsagt worden. Hier sind viel Rechtsgelehrten [30]) der Meinung, daß

28) *L. 15. D. de iurisdict.*

29) Unrichtig lesen hier einige Handschriften und Ausgaben *pactionibus*. Selbst unser Codex Pand. Erlang. hat diese Leseart. Allein *Pariatio* heißt hier, wie *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. p. 1543.) dieses Wort ganz richtig erklärt hat, soviel als ea scriptura, qua rationibus redditis, satisfactum esse creditori, aut domino, appareat; von *pariare* d. i. paria facere: hoc est, ita rationes reddere, ut paria expensa sint acceptis. Mit dieser Erklärung stimmt auch *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. Cap. XI *Oper.* pag. 916. überein. Man könnte es im Deutschen einen Rechnungsabschluß nennen. POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. f. übersetzt *pariationes* durch *Soldes de comptes.* In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 6. Constit. 67. §. 3. heißt es: Μὴ κωλυόμενος ἐκ τῶν κατὰ συνήθειαν γραφομένων ἐν ταῖς ἀποδείξεσι τὸ μηδεμίαν ἀμφισβήτησιν ἐκ τοῦ συναλλάγματος ὑπολελεῖφθαι. i. e. *Nec tibi impedimento est, quod in apochis adscribi solet in hunc modum: ex hoc contractu nullam controversiam relictam esse.*

30) *Ferd.* VASQUIUS Controvers. P. II. Lib. VI. Cap. 63. nr. 9. pag. 504. sq. *Osw.* HILLIGER in Donello enucl. Lib. XIV. cap.

daß eine solche Verzichtleistung der nachherigen Anstellung dieser Klage entgegen stehe. Allein es treten auch hier dieselben Gründe, wie in jenem erstern Falle, ein. Offenbar geschahe auch hier die Entsagung in der irrigen Voraussetzung, der Entsagende sey das wirklich schuldig, was er bezahlt hat. Sie beruhet also auf demselben Irrthum, aus welchem die Zahlung geleistet wurde, und kann folglich auch hier eben so wenig, wie in jenem Falle, von Wirkung seyn. Nam ille, qui renunciat, sagt Cocceji [31]) sehr richtig, certus esse debet de suo iure [32]); hic autem errat, quia putat se debere; et sic hic error excludit consensum. Auch selbst der hinzugekommene Eid kann diesen Mangel der Einwilligung nicht ergänzen, da sich derselbe immer nach der Natur des Hauptgeschäfts richtet, dem er beygetreten ist [33]). Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [34]) überein.

§. 833.

cap. 18. pag. 1190. COSTALIUS Adversarior. ad h. Tit. Dig. in fin. pag. 367. *Andr.* CLUDIUS Tr. de condict. indebiti. Cap. 5. *Gottl. Ger.* TITIUS in Iur. privato. Lib. V. cap. 17. *Iac. Frid.* LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. ult. und *Mich. God.* WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

31) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

32) *L. 23. D. de acquir. vel omitt. hereedit.*

33) S. WUNDERLICH cit. Diss. §. 13.

34) Vergl. *Franc.* DUARENI Comment. ad h. Tit. Cap. XI. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. ult. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 7. in fin. BRUNNEMANN Comm. ad L. ult. §. 3. D. h. t. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad eand. L. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XVIII. §. 42. *Fratr.* BECKMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. LXVII. nr. 13—15. pag. 233. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3091. in fin.

§. 833.

Natur der Klage. Beweis der Nichtschuld.

Die Condictio indebiti ist eine persönliche Klage, welche nur gegen den Empfänger der Nichtschuld Statt findet, soweit derselbe bereichert ist, wenn dieser auch ein Pupill seyn sollte [35]). Die Erben haften jedoch für die Nichtschuld, wenn sie gleich für sich dadurch nicht reicher geworden wären [36]). Gegen den dritten Besitzer hingegen hat die Klage nicht Statt, wenn dieser auch gleich dabey gewonnen haben sollte. Modestinus sagt dieses *L.* 49. *D. h. t.* nicht undeutlich: His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est: non quibus proficit. Sollte aber nicht vielleicht gegen den dritten Besitzer die Reivindication zuläßig seyn? Einige Rechtsgelehrten [37]) glauben dieses, und zwar aus dem Grunde, weil derjenige, welcher etwas indebite giebt, solches aus Irrthum thut. Dieser Irrthum aber sey ein error causam dans, und mache, daß die Uebertragung des Eigenthums für nicht ge-

35) Arg. *L.* 3. §. 4. *et L.* 6. *pr*, *D. de negot. gest.* *L.* 14. *D. h. t.* VOET Comm. Pand. h. t. § 11.

36) Gewöhnlich beruft man sich zwar auf *L.* 26. §. *u. D. h. t.* Allein hier ist nur eigentlich von einem putativen Erben, oder einem bonae fidei possessori hereditatis die Rede, wie *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. ausführlich gezeigt hat. Die Sache aber ist an sich ausser Zweifel, da die Klage eine actio rei persecutoria ist. S. *Iust.* MEIERI Colleg. iuris Argentorat. h. t. §. 8. in fin.

37) DIETERICH Syst. elem. iurisprud. civ. § 1514. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1363. S. 259.

geschehen zu achten sey. Allein daß der Irrthum die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, lehrt Julian *L.* 36. *D. de acquir. rer. dom.* Sodann beweißt ja auch schon die Natur der Condiction, welche vom Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer angestellet wird, daß das Eigenthum der indebite gegebenen Sache auf den Empfänger übergehe. Gieng nun das Eigenthum durch die Uebergabe, welche ex iusta causa in der Absicht geschahe, ihn zum Eigenthümer zu machen, auf den Empfänger über, so konnte er auch die Sache wieder veräussern [38]). Ich setze freylich voraus, daß der Empfänger in bona fide seyn müsse. Denn ist dieser in mala fide, so hindert desselben Dolus die Uebertragung des Eigenthums. Die Gesetze behandeln den wissentlichen Empfänger einer Nichtschuld als einen Dieb, und geben dem Eigenthümer die condictio furtiva [39]) mit welcher die rei vindicatio concurrirt [40]).

Es entsteht nun die Frage, wem bey der Condictio indebiti der Beweis obliege? Paulus giebt uns hierüber eine sehr gründliche Belehrung in der *L.* 25. *D.*

38) S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. XI. pag. 916. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 2. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 7. §. 3. D Commun. divid. LAUTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 23.

39) *L.* 18. *D. de condict. furt.*

40) *L.* 7. §. 1. *D. eod.*

D. de probat. et praesumt. [41]). In Gemäßheit derselben sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist Etwas indebite bezahlt worden, und zwar behauptet

A) der Kläger, er sey dem Beklagten gar nichts schuldig gewesen, sondern die ganze Zahlung sey indebite geschehen. Hier muß zwar der Kläger,

1) wenn der Beklagte den Empfang der Nichtschuld geläugnet hat, den Beweis der Zahlung übernehmen. Hat er aber diesen auf rechtliche Art geführt, und den Beklagten eines arglistigen Lügners überwiesen; so muß der Beklagte verurtheilt werden, das Empfangene herauszugeben, wenn

41) Viele wollen diese ganze Stelle dem Paulus absprechen, und für ein Emblema Triboniani halten. S. CAJACIUS Observat. Lib. XXI. cap. 26. MERILLIUS Lib. VIII. Observation. cap. 20. SCHULTING ad *Bertrandi* vitam Iulii Pauli, in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 199. WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. IV. pag. 51. sqq. edit. *Halens.* und *Ant.* FABER sagt sogar Lib. XVIII. Conjecturar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. ult. in fin. *Nihil esse tota illa lege, sive verba sive sensum consideres, totque distinctiones de subdistinctiones, quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum, a principio ad finem usque.* Allein daß dieses Fragment ächt, und sowohl dem Styl als der Jurisprudenz des Paulus vollkommen gemäß sey, hat *August Frid.* MÜLLER a BERNECK in Exercit. iuris civ. de probatione indebiti *ad L. 25. D. de probat. Lipsiae 1772.* sehr gründlich gezeigt. Man vergleiche ausserdem noch *Car. Henr.* FISCHER Diss. de probatione condictionis indebiti rite suscipienda, praes. *Aug. Frid.* SCHOTT, *Lipsiae 1767.* def. und *Bav.* VOORDA Diss. de munere probandi in causa indebiti, sive soluti, sive promissi, sec. L. 25. D. de probat. *Lugd. Batavor. 1775.*

wenn er nicht beweisen kann, daß es ihm der Kläger wirklich schuldig gewesen sey. Denn die geschehene Zahlung wird nun zur Strafe des böslichen Abläugnens so lang als nicht schuldig angesehen, bis das Gegentheil von dem Beklagten auf rechtliche Art dargethan worden ist. Paulus sagt: Cum de *indebito* quaeritur, *quis probare debet*, non fuisse debitum? Res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, *hoc negaverit;* et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit. *Per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere* [42]).

2) Räumt hingegen der Beklagte den Empfang der Zahlung ein, er widerspricht aber dem angeblichen Irrthume, und läugnet, daß die Zahlung indebite geschehen sey; so liegt dem Kläger der Beweis ob, daß er dasjenige, was er bezahlt hat, nicht schuldig gewesen sey. Denn dies macht den Grund seiner Klage aus. Auch hat hier der Beklagte die Vermuthung für sich, weil von einem ordentlichen Menschen nicht zu glauben ist, daß er etwas bezahlen werde, was er nicht schuldig sey [43]). Paulus erklärt sich hierüber

42) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 14. giebt auch noch den Grund an: *Tunc enim, quia semel in mendacio deprehensus, atque ita malus probatus, deinceps in eodem mali genere semper malus adeoque mendax praesumi debet.*

43) CYRILLUS in Schol. Basilicor. Tom. III. pag. 43. macht bey diese Stelle folgende ganz richtige Bemerkung: ὅτι ἐν ᾧ πρόληψις

der auf folgende Art: Sin vero ab initio *confiteatur* quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas et fuisse solutas: praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat;* et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum: et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

3) Sollte jedoch der Kläger zu denjenigen Personen gehören, bey denen Unkunde in den Rechten und Geschäften des bürgerlichen Lebens angenommen wird, wie z. B. Weibspersonen, Soldaten, Bauern; oder ist der Kläger noch unmündig, oder minderjährig, oder zwar schon großjährig, aber von schwachem Verstande, oder in seiner Haushaltung ein bekannter nachläßiger Mensch, so sind solche Personen, wenn sie condictionem indebiti anstellen, mit dem Beweis der Nichtschuld zu verschonen, und es muß vielmehr der Empfänger beweisen, daß er das ihm Bezahlte wirklich zu fordern gehabt habe. Folgende Worte des Paulus sind hier merkwürdig: Sin autem is, qui indebitum queritur, vel *pupillus*, vel *minor* sit, vel *mulier*,

ψις ὑπὲρ τινος δείκνυται, ὁ τέτε διάδικος βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι, καὶ ὅτι ὁ καταβαλὼν τινι, δοκεῖ κατὰ πρόληψιν δέβιτον αὐτῷ καταβαλεῖν. i. e. *Cum praesumtio pro aliquo facit, adversario onus probationis incumbere, et eum, qui alicui solvit, videri praesumtione ipsi debitum solvisse.*

lier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed *miles*, vel *agricultor*, et *forensium rerum expers*, vel *alias simplicitate gaudens*, et *desidia deditus* [44]): tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

B) Behauptet der Kläger, daß nicht die ganze Summe, sondern nur ein Theil derselben indebite bezahlt sey, z. B. er habe statt hundert, die er schuldig war, zweyhundert bezahlt; oder daß er zwar ehemals schuldig gewesen, allein aus Unwissenheit, daß die Schuld getilgt sey, noch einmal bezahlt habe; oder daß er Etwas bezahlt habe, wogegen er durch eine beständige Einrede gedeckt gewesen wäre, wenn ihn der Gläubiger belangt hätte; so muß er allemal

44) CUJACIUS Observat. Lib. XXI. cap. 26. glaubt hier die ganze Charakteristik eines Mönchs zu finden: Sunt enim ignaviae sectatores Monachi, non quod desidia vel ignavia sit sacris litteris operam dare, et assiduas ad Deum agitare preces, sed quod sit haec vivendi ratio procul mota a republica, fugaxque rerum, ideo videtur esse desidia et simplicitas, quia sibi placent in hominum rerumque humanarum ignoratione. Tales erant primi nonni, primaeque nonnariae. Dies soll denn ein neues Argument seyn, diese ganze Stelle für einen Tribonianismus zu halten. Es ist unglaublich, auf welche Grillen oft große Geister verfallen. Man lasse dem Paulus, was des Paulus ist, und denke mit NOODT in Comm. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 482. quod huiusmodi homines, qui sunt *desidiae dediti*, non cum Monachis esse coeperint. Contra fuerunt illi semper, etiam ante Monachos, et adhuc sunt, praeter Monachos! Man sehe auch *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 25. in fin. und WALCH ad *Eckhardi* Hermeneutic. iuris. pag. 458.

mal den Beweis übernehmen, weil er immer die Vermuthung gegen sich hat [45]). Es finden auch hier nicht jene Rücksichten in Absicht auf die Qualität des klagenden Subjects Statt, wie in jenem ersten Falle. Man wird sich hiervon aus folgenden Worten des Paulus überzeugen. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem *pro parte* queritur, quod *pars pecuniae* solutae debita non est: vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus, errore eius, pecunias dependit: *ipsum omnimodo* [46]) *hoc ostendere, quod vel*

45) *Fr.* DUARENUS in Comment. in Tit. Dig. et Cod. de probationib. cap. 4 *Operum* pag. 939. sagt: Cum enim fatetur quis partem eius pecuniae, quae soluta est, deberi, credibile est, ei totum debitum fuisse, nisi contrarium probetur: aut si fatetur totum ab initio quidem debitum fuisse, non creditur postea desiisse debitum fuisse, nisi contrarium probetur.

46) Das Wort *omnimodo* soll offenbar dahin deuten, daß hier die Qualität des Klägers nicht in Betrachtung komme. Es erhellet dies ganz deutlich aus den Basiliken Tom III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. pag. 5. wo diese Stelle so lautet: Εἰ μέντοι τις αὐτὸ τὸ πᾶν λέγει καταβαλεῖν, μὴ χρεωστούμενον, ἀλλὰ μέρος, ἢ δεύτερον, ἢ παραγραφὴν ἐσχηκέναι, αὐτὸς οἷος ἂν εἴη, δείκνυσιν ὃ φησιν. i. e. *Sin autem quis non totam summam indebitam fuisse solutam dicat, sed vel partem, vel his idem solvisse, vel exceptionem omisisse, ipse,* QUALISCUNQUE SIT, *quod dicit, probat.* Theodorus Hermopolites hat den Sinn des römischen Juristen in seinem Scholion zu den Basiliken bey Fabrot Tom. III. pag. 41. noch deutlicher erklärt, wenn er sagt; Εἰ δὲ μέρος μὲν δέβιτον, μέρος δὲ ἰνδέβιτον εἶναί φησιν, ἢ καὶ αὐτὸ τὸ πᾶν δέβιτον εἶναι

vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam; secundum generalem regulam, quae *eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita* [47]) *contendunt, haec ostendere* exigit.

II. Ist noch keine Zahlung geschehen, sondern nur eine Handschrift (cautio) ausgestellet worden, und diese Handschrift wird als ein indebitum zurückgefordert, so

εἶναι μὲν τὴν ἀρχὴν, λυθέντος δὲ διὰ καταβολὴν ἀληθοῦς χρέους μετὰ ταῦτα πλάνῃ δὶς τὸ αὐτὸ καταβεβληκέναι, ἢ καὶ παραγραφὴν μὲν ἔχειν, λήθῃ το χρέος ταῦτα καταβαλειν, τότε αὐτὸς βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι, κἂν τοιοῦτός ἐστιν ὃν ἀρτίως ἐκουφίσαμεν τοῦ βάρους τῶν ἀποδείξεων. i. e. *Sin autem partem quidem debitam, partem uero indebitam solutam dicat; vel totum quidem ab initio debitum fuisse, dissoluto autem vero debito postea per errorem iterum solvisse, vel etiam exceptione tutum per oblivionem haec solvisse, tunc ipsi onus probationis incumbit,* ETIAMSI EX IIS PERSONIS SIT, QUAS PAULO ANTE NECESSITATE PROBANDI EXONERAVIMUS. Die lateinischen Glossatoren erklären das OMNIMODO so: *forsan quod neque inficiationis, neque personae ratio habetur.* Die Erklärung der Griechen nehmen auch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 24. ibique Tab. adj. lit. B. und HILLIGER in Donello enucleato P. II. Lib. XXV. cap. 3. pag. 1330. an.

47) Mehrere Ausgaben z. B. Haloander, und Baudoza lesen hier *indebita.* Diese Leseart ist aber dem Sinn des Paulus ganz zuwider. Denn der Kläger behauptet ja, daß die Schuld schon getilgt gewesen, die er aus Irrthum noch einmal bezahlt haben will. Er muß also auch beweisen, daß er die Schuld schon bezahlt habe. Erst von diesem Beweis hängt es ab, ob das, was er condicirt, eine Nichtschuld sey.

so kommt es darauf an, ob darin der Grund der Schuldverbindlichkeit ausgedruckt ist, oder nicht. In dem letztern Falle wird ein indebitum vermuthet, und dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß eine wirkliche Schuld vorhanden sey. In dem ersten Falle hingegen beweißt das schriftliche Schuldbekenntniß so lang gegen den Aussteller desselben, als dieser nicht durch den evidentesten schriftlichen Gegenbeweis dargethan hat, daß keine Schuldverbindlichkeit vorhanden sey. Diesen letztern Fall entscheidet **Paulus** in folgenden Worten des oben gedachten Gesetzes: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. *Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur:* tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse, ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. *Tunc enim stare eum oportet suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.* Ist auf eine cautio indiscreta bereits Zahlung geleistet worden, und es wird nun das Bezahlte als eine Nichtschuld zurückgefordert, so bleibt es bey der Regel, daß der Kläger den Beweis der Nichtschuld führen muß [48].

Hieraus ergiebt sich nun auch, was eigentlich bey der condictio indebiti dem Kläger zu beweisen obliegt. Eigentlich sind es drey Punkte, welche zur Begründung der Klage gehören. 1) Es muß eine Zahlung geschehen seyn;

48) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1363. not. e. und HUBER Praelect. iur. civ. Lib. XII. Tit. 6. §. 5. Anderer Meinung ist THIBAUT in Syst. des P. R. 2 B. §. 973.

2) es muß diese Zahlung indebite, und 3) aus Irrthum geschehen seyn. Alle diese Punkte sind faktisch, und müßten also im Läugnungsfalle eigentlich von dem Kläger bewiesen werden. Allein nicht immer geschieht es, daß dem Kläger der Beweis über alle diese drey Punkte obliegt. Denn läugnet der Beklagte arglistig den Empfang der ihm geschehenen Zahlung, und wird dessen überführt; so braucht nun der Kläger nicht mehr, wie sonst, die Nichtschuld zu beweisen, sondern dem Beklagten liegt jetzt ob, zu beweisen, daß ihm der Kläger das, was er von ihm erhielt, wirklich schuldig gewesen sey. Außerdem aber muß der Kläger, wenn er nicht zu den im Gesetz ausgenommenen Personen gehört, den Beweis der Nichtschuld übernehmen. Ist jedoch dieser Beweis geführt, so wird, weil Freygebigkeit im Zweifel nicht vermuthet wird, hierdurch zugleich eine so starke Wahrscheinlichkeit, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen sey, bewirkt, daß der Kläger zum Erfüllungseide gelassen werden kann [49]).

In

49) S. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Dig. h. t. nr. 2. in fin. und SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 4. in fin. Viele behaupten jedoch, es bedürfe eines solchen Eides gar nicht einmal, sondern sey das indebitum erwiesen, so müsse der Irrthum so lange rechtlich vermuthet werden, bis das Gegentheil dargethan ist. S. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 28. Def. 21. nr. 5. SCHOEPFER Synops. iuris priv. h. t. nr. 16. Anderer Meinung ist zwar TITIUS in Iure privato Rom. Germ. Lib. V. Cap. 17. §. 34. welcher behauptet, man müsse im Zweifel vielmehr eine Schenkung vermuthen, bis der Irrthum erwiesen ist. Allein man sehe Webers Versuche über das Civilrecht S. 329. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1114. in fin.

In Ansehung der Beweismittel ist noch zu bemerken, daß zwar in allen den oben vorgetragenen Fällen demjenigen, welchem der Beweis obliegt, freysteht, sich auch der Eidesdelation zu bedienen, wie Paulus ausdrücklich lehrt, wenn er sagt: In omnibus autem visionibus [50]), quas proposuimus, licentia est concedenda ei, cui onus probationis incumbit, *adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre*, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Es ist jedoch der Fall auszunehmen, da der Gegenbeweis wider ein schriftliches Bekenntniß geführt werden soll, in welchem die Ursach der Schuldverbindlichkeit ausgedruckt ist, wenn diese Handschrift, als indebite ausgestellt, zurückgefordert wird. Hier kann der Beweis vom Gegentheil dessen, was im Eingeständniß enthalten ist, anders nicht, als durch klare Dokumente geführt werden. Eben dieses hat Kr. Justin nochmals in der *L.* 13. *Cod. de non num. pecun.* bestätigt. Warum hier die Eidesdelation nicht zuläßig sey, ist leicht zu begreiffen. Denn wer etwas schriftlich bekannt hat, kann doch dem Andern nicht zumuthen, einen Eid darüber abzulegen, ob auch das Eingestandene wahr sey. Allein warum ein Beweis durch

50) *Visiones* sind nichts anders als casus, oder Species. Diesen scheint dieser Ausdruck verdächtig, und Tribonians Hand zu verrathen. Allein die Richtheit dessen haben *Corn. van* BYNCKERSHOEK in Observat. iuris Rom. Lib. III. cap. 12. pag. 181. edit. *Heinec.* und *Io.* WYBO in Triboniano ab Emblematibus *Wissenbachii* liberat. Cap. II. §. 4. ausser allem Zweifel gesetzt. Man sehe auch WALCH ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. II. Cap. 6. §. 266. pag. 497. sq.

Zeugen nicht zuläßig sey, ist schwerer zu errathen. Hilliger [51]) giebt folgenden Grund an: quia natura rei testes non admittit. Nam etsi testes adfuerint, cum chirographum daretur, in quo se centum mutuo accepisse, reus fatetur, quo tamen animo caverit, et an sciverit, ita se habere, aliudve senserit, divinare nequeunt. Wie nun aber der Beweis eines schriftlichen Eingeständnisses durch evidenten schriftlichen Gegenbeweis entkräftet werde, zeigt Hilliger aus folgenden Beyspielen: Finge: Heres errore cavit legatariis, se illis 100, quae debeat ex testamento, daturum. Prolato eo adparet, 50 solum legata esse, vel legata 100, sed codicillis postea ademta. Item qui cavit soluturum 20, quae debeat ex causa emti, prolatis emtionis tabulis probare potest, se 10. solum debere. Justinian läßt indessen in einer neuen Verordnung [52]) auch unverwerfliche Zeugen zu.

§. 834.

Wenn fällt die condictio indebiti weg?

Die condictio indebiti fällt weg

I. wenn die Bezahlung der Nichtschuld wissentlich und aus freyen Willen geschahe [53]). Denn wer wissentlich und aus freyem Willen Etwas giebt, was er nicht schuldig ist, ent-

51) Donelli enucleati P. II. Lib. XXV. cap. 8. pag. 1355. sq.

52) *L. 14. Cod. de contrah. et committ. stipulat.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLVI. §. 12. S. 376.

53) *L. 1. §. 1. L. 26. §. 2. D. h. t. L. 9. pr. Cod. eodem.* In allen diesen Gesetzen heißt es: Indebitum solutum sciens, non

entsagt ja seinem Rechte und Eigenthume daran gänzlich. Er kann also das Gegebene schon darum nicht zurückfordern, weil bey ihm die Absicht zu schenken angenommen wird [54]), oder wenn etwa die Zahlung in der Absicht gesche-

non recte repetit. S. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 305. ff.

54) *L. 7. §. 2. in fin. D. Pro emtore.* Gewöhnlich führt man auch die *L. 53. D. de Reg iuris* an, wo Paulus sagt: Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est? Allein Paulus handelte *Libro XLII. ad Edictum*, woraus diese Stelle genommen ist, an dem Orte, wo er diese Regel brauchte, eigentlich von der actio Faviana, wie aus *L. 5. D. Si quid in fraudem patroni, L. 4. et L. 9. D. de bonis libertor.* erhellet, welche alle aus demselben Buche das Paulus genommen sind. Diese Klage hatte zwar Statt, wenn die zum Nachtheil des Patrons unternommene Handlung des Freygelassenen als eine Schenkung angesehen werden konnte. *L. 6 D. Si quid in fraud. patr.* Allein gegen den Gläubiger hatte sie nicht Statt, wenn ihm eine Schuld bezahlt worden war, und auch nicht einmal alsdann, wenn gleich die Handlung des zahlenden Freygelassenen einer Schenkung nicht unähnlich war. *L. 1. §. 19. D. eodem.* Wenn also der Freygelassene zum Nachtheil seines Patrons wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hatte, so kam es bey der Frage, in wiefern dem Patron deswegen die actio Faviana zustehe, darauf an, ob, im Falle die Zahlung aus Irrthum geschehen wäre, eine Zurückforderung Statt gehabt hätte, oder nicht. Im erstern Falle war die actio Faviana begründet, weil hier die Bezahlung der Nichtschuld als eine wahre Schenkung zu betrachten war. *L. 6.* vergl. mit *L. 53. D. eod.* In dem letztern Falle hatte hingegen die Klage nicht Statt, weil hier eine Schuld bezahlt war, wenn auch gleich deswegen nicht hätte geklagt werden können. *L. 19. §. 4. D. de donat.* S. Iacob. VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 1.

schehen seyn sollte, um einen verbotenen Handel zu erfüllen, so handeln ja beyde Theile, der Zahler und Empfänger, gesetzwidrig, in welchem Falle aber immer der Vortheil auf Seiten des Besitzers ist [55]). Jedoch leidet jene Regel folgende Ausnahmen.

1) Wenn der Bezahlende eine solche Person ist, welche nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren konnte, und bey welcher sich also juristisch kein animus donandi annehmen läßt. Z. B. wenn ein Pupill, Minderjähriger oder gerichtlich erklärter Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt hat. Daß hier Zurückforderung des Bezahlten Statt finde, lehrt Ulpian in folgenden Worten der *L.* 29. *D. h. t.* Interdum *persona* locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. *Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur.*

2) Wenn die Bezahlung der Nichtschuld unter solchen Umständen geschehen ist, welche die Vermuthung, daß der Zahlende habe schenken wollen, ausschließen. Dahin gehört,

a) wenn Jemand im Executiv-Proceß zur Bezahlung verurtheilt wird, weil seine Einreden nicht liquid waren. Hier kann er separato processu das Bezahlte, als ein indebitum, condiciren [56]).

b) Wenn

55) *L.* 3. *L.* 8. *D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* S. Webers systemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 75. et 76.

56) S. WERNHERI select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 240. und Webers angef. Versuche S. 306.

b) Wenn Jemand bey der Zahlung protestirt hatte, daß er sich sein Recht vorbehalten haben wolle, wenn er etwa indebite bezahlt hätte[57]).

c) Wenn Jemand zwar wissentlich etwas zahlt, was er nicht schuldig war, aber aus einem andern rechtlichen Grunde von dem Empfänger Ersatz fordern kann[58]) z. B. wenn mir Jemand eine fremde Sache verkauft hat, von welcher er nachher Eigenthümer geworden ist, und er vindicirt nun selbst seine Sache, so kann ich ihn mit der exceptione doli zurückweisen, und seine Klage vereiteln. Will ich aber dieses nicht, so kann ich ihm seine Sache hingeben, und dann auf Evictionsleistung klagen, welches mir in dem Falle vortheilhafter seyn kann, wenn ich mir etwa auf den Fall der Entwährung das Doppelte stipulirt habe[59]).

3) Wenn die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen die Zurückforderung dessen, was der andere widerrechtlich em-

57) *L. 2. pr. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und Weber a. a. O.

58) Denn Verzichtleistungen sind immer streng zu erklären, und können nicht von einer Sache auf die andere ausgedehnt werden. *L. 21. Cod. ad SCtum. Vellejan.* S. Weber a. a. O. S. 307.

59) *L. 17. D. de eviction.* Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, *exceptione doli* posse submoveri, nemini dubium: quamvis alio iure dominium quaesierit. Improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emtor potest, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa, *an potius, re ablata, ex causa stipulationis duplum consequi.* S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 364.

empfing, gestatten, obgleich der Zahlende gewußt hat, daß er zu dem, was er gab, nicht verbunden war [60]). Es kann hierbey die Absicht der Gesetze entweder

a) dahin gehen, um zu verhüten, daß Jemand durch listige Beredung anderer um das Seinige gebracht werde. Aus diesem Grunde kann dasjenige, was über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation unter den Lebenden geschenkt worden ist, zurückgefordert werden [61]). Oder die Gesetze können auch

b) einen Gewissen Vertrag aus der Ursache verboten haben, weil sonst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gegebene dem verbleibe, der sich desselben hat entäussern wollen. Dies ist der Fall, wenn Jemand, dem zu seinem künftigen Unterhalt gewisse Güter vermacht worden sind, ohne Zustimmung des Richters einen Vergleich schließt, und vermöge desselben die vermachten Güter weggiebt [62]). Oder es konnte endlich

c) das verbietende Gesetz nur durch Entziehung des unrechtmäßigen Vortheils, welchen der Empfänger zum Schaden des andern Contrahenten aus dem Handel ziehen würde, seine ganze Wirkung erreichen; wie z. B. bey dem verbotenen Zinswucher, dem commissorischen Vertrage bey Ver-

60) Hier verdient vorzüglich Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. verglichen zu werden.

61) *L. 27.* und *L. 36. §. 3. Cod. de donat.*

61) *L. 23. §. 2. D. h. t.* Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit, apparet posse repeti, quod datum est: quia transactio Senatusconsulto infirmatur.

Verpfändungen, dem pacto de quota litis, u. dgl. Ueberall ist hier der Gläubiger immer derjenige, dem eigentlich die Übertretung des Gesetzes nur allein zur Last gelegt wird, und gegen dessen Gewinnsucht die Gesetze den Schuldner in Schutz nehmen; weshalb die Zurückforderung des ungebührlichen Vortheils ohne Bedenken Statt findet [63]). Keiner von diesen Gründen ist nun zwar auf denjenigen anwendbar, der in einem verbotenen Hazardspiele eine Summe verlohren, und das Verlohrne bezahlt hat. Es sollte also hier bey der Regel bleiben, nach welcher in pari causa illicita derjenige, dem Etwas bezahlt worden ist, von dem andern Theil nicht in Anspruch genommen werden soll [64]). Gleichwohl gestatten auch hier ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler selbst die Zurückforderung der Spielschuld ohne Ausnahme [65]). Eigentlich aber wird in diesen Fällen nicht sowohl die condictio indebiti, als vielmehr die *condictio sine causa* anzustellen seyn.

II. Die Condictio indebiti fällt weg, wenn der Irrthum kein solcher ist, welcher rechtliche Entschuldigung verdient. Um dieses gehörig zu beurtheilen, ist folgender Unterschied zu machen.

1) Der Irrthum ist ein factischer. Einen solchen Irrthum entschuldigen die Gesetze, er mag fremde Handlungen, oder die eigenen Handlungen des Irrenden betreffen

63) Siehe Webers angef. Entwickelung §. 77. S. 332.

64) *L. 3. D. de condict. ob turp. causam.*

65) *L. 3. Cod. de aleatorib.*

fen [66]). Es sey von einem wirklichen Schaden, oder von einem blossen Gewinn die Rede [67]). Er muß nur keine grobe Unwissenheit zum Grunde haben [68]).

2) Der Irrthum rührt aus einer Unkunde des Rechts her. Hier ist wieder zu unterscheiden. Derjenige, welcher aus Unwissenheit des Rechts etwas, was er nicht schuldig war, bezahlt hat, hat entweder

a) dadurch blos einen Gewinn verlohren, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können. Hier findet die Condiction in der Regel nicht Statt. Z. B. der Erbe hat aus Unwissenheit des Rechts die Vermächtnisse ganz ausgezahlt, ohne die Falcidische Quarte abzuziehen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 9. §. 5. *D. de iuris et facti ignor.* Si quis ius ignorans, Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola *Divi Pii.* Sed et Imperatores *Severus* et *Antoninus* in haec verba rescripserunt: *Quod ex causa fidei-*

66) *L.* 22. *pr. D. h. t. L.* 19. §. 6. *D. locati. L.* 10. *Cod. de iuris et facti ignor.* wo es heißt: Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est. S. *Io. Wilh.* MARCKART Exercitat. acad. Exerc. II. Cap. 1. §. 5. p. 74.

67) *L.* 8. *D. de iuris et facti ignor.* Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest. S. MARCKART cit. Exercit. Cap. II. §. 4.

68) *L.* 6. *D. de iuris et facti ignor.* Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. 70.

fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non posse. — *Quodsi ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi Legis Falcidiae beneficio usi non sint: sciant, ignorantiam facti, non iuris prodesse:* nec stultis solere succurri, sed errantibus. — Item et illa pars aeque generalis est, *ut qui iuris ignorantia Legis Falcidiae beneficio usi non sunt, nec possint repetere.*

L. 9. Cod. ad Legem Falcid. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: *quin, etiamsi ius ignoraverit, cessat repetitio* [69]).

In

69) Durch die *L. 18. Cod. ad Leg. Falcid.* ist hierin nichts geändert worden. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. Iuris Rom. Lib. VII. cap. 7. sind zwar anderer Meinung, und wollen auch sogar die Condiction einer aus Unwissenheit des Rechts nicht abgezogenen Falcidie gestatten. Allein ohne allen Grund. Die *L. 18. Cod.* enthält davon kein Wort. Die ganze Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, als ob vor Justinian dem Erben nur eine retentio quartae, aber noch keine vindicatio zugestanden hätte, welche aber *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Leg. Falcid. Cap. XIII §. 3. durch die ganz entscheidende *L. 26. pr. D. ad Leg. Falcid.* hinlänglich widerlegt hat. Hatte ohnehin der Falcidie wegen keine Vindication Statt gehabt, wie konnte die Frage entstehen, ob eine repetitio quartae ex causa fideicommissi non retentae zulässig sey? Man sehe hier vorzüglich PÜTTMANNI Interpretat. et Observation. lib. sing. Cap. 34.

In diesem Falle, wo es bloß auf Wiedererlangung eines Gewinnes ankommt, den man aus rechtlicher Unwissenheit aus den Händen gelassen hat, gereicht der Rechtsirrthum auch nicht einmal denen zur Entschuldigung, welchen sonst keine Unwissenheit des Rechts nicht zur Last gelegt wird. Von den Frauenspersonen bestätigen dies folgende Gesetze.

L. 8. D. de iuris et facti ignor. Iuris autem error *nec foeminis in compendiis* prodest.

L. 3. Cod. eodem. Si emancipata a patre, intra annum bonorum possessionem petere cessasti: praetendere *iuris ignorantiam* nullis rationibus potes.

L. 5. Cod. Qui admitti ad bonor. possession. possunt. Iuris ignorantiam *nec mulieribus prodesse* in Edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.

Eben dieses gilt auch von Bauern und andern einfältigen Personen, deren in der *L. 25. §. 1. D. de probat.* Erwähnung geschiehet [70]. Nur in Ansehung der Minderjährigen, wenn sie nicht für Rechtskunde öffentlich authorisirt sind, und in Ansehung der Soldaten machen die Gesetze eine Ausnahme, welchen auch sogar beym Gewinnen die Unwissenheit des Rechts zu gute gehalten wird [71], wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7.

70) *L. 2. in fin. D. de iure fisci.* S. CUJACII Observation. Lib. V. cap. 39.

71) *L. ult. Cod. de iure delib.* führt in Ansehung der Soldaten den Grund an: *Arma etenim magis, quam iura scire*

 milit-

L. 7. §. 6. D. de minorib. *Hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur.*

L. 11. *Cod. de iur. et facti ignor.* Quamvis *in lucro* nec foeminis ius ignorantibus subveniri soleat: *attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere*, retro Principum statuta declarant.

L. 2. *Cod. Si advers. solution.* Indebito legato, *licet per errorem iuris a minore soluto*, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.

L. 9. §. 1. *D. de iuris et facti ignor.* Si filiusfamilias *miles*, a commilitone heres institutus, nesciat, sibi etiam sine patre licere adire, *per Constitutiones principales ius ignorare potest*, et ideo ei dies aditionis non cedit.

Diese letztere Stelle widerlegt zugleich die Meinung derjenigen, welche den Soldaten beym Gewinn entweder gar kein Vorrecht gestatten [72]), oder es wenigstens nur auf den Fall einschränken wollen, da sie nicht sowohl in Ansehung des gemeinen Rechts, sondern nur in Ansehung der ihrem Stande zustehenden Privilegien geirrt haben [73]). Z. B. wenn ein Soldat in einem Falle, wo er sich der Rechts-

 wohl-

milites, sacratissimus Legislator existimavit. Man sehe hier vorzüglich *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. I. cap. 21. und THIBAUT Syst des P. R. 1. B. §. 28.

72) *Io. Wilh.* MARCKART Exercitat. academ. *Hardervici* 1751. Exercit. II. Cap. III. §. 3.

73) *Io. Eberw.* REICHMANN Diss. de condictione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda. *Marburgi* 1723. Cap. II. §. 14.

wohlthat der Competenz bedienen konnte, die Schuld ganz bezahlt hat[74]); so könne er soviel, als er zu seinem Lebensunterhalt nöthig habe, zurückfordern[75]).

b) Der Zahlende hat aus Unwissenheit des Rechts eine wirkliche Verminderung seines bereits erworbenen Vermögens erlitten. Hier kommt es darauf an,

1) ob derjenige, welcher die Nichtschuld bezahlt hat, zu den privilegirten Personen gehört, welchen die Gesetze die Unwissenheit des Rechts verzeihen. Dahin gehören Minderjährige, Soldaten, Frauenspersonen, Bauern, und andere einfältige Personen[76]). Diesen wird der Rechtsirrthum nicht zum Nachtheil angerechnet, und sie können daher das Gezahlte, als eine Nichtschuld, zurückfordern. Es verdienen hierüber folgende Stellen verglichen zu werden.

L. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. Regula est: *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit: ante praemisso, *quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est:* quod et *in foeminis in quibusdam caussis propter sexus infirmitatem dicitur:* et ideo sicubi non est delictum, *sed iuris ignorantia, non laeduntur.* Hac ratione, si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse.

L. 13.

74) *L. 6. D. de re iudicata.*

75) S. LAUTERBACH Diss. de beneficio competentiae §. 23. et REICHMANN cit. loc. §. 15.

76) *L. 1. §. fin. D. de edenda. L. 25. §. 1. D. de probation.* und *L. 2. §. fin. D. de iure fisci.*

L. 13. *Cod. eodem.* Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermiserint, vel ignoraverint; statuimus, *si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.*

Aus der letztern Stelle ergiebt sich, worauf das geht, wenn **Paulus** in jener erstern sagt, daß den Frauenspersonen nur *in quibusdam causis* die Unwissenheit des Rechts propter sexus infirmitatem nichts schade. Es bezieht sich dies nämlich nur auf diejenigen Fälle, wo von einem wirklichen Verlust die Rede ist, den sie durch Unkunde des Rechts an ihrem Vermögen oder Rechten entweder schon erlitten, oder zu befürchten haben, z. B. durch Strafe wegen der Uebertretung eines bürgerlichen Verbots [77]; dahingegen dieselben, wenn von der Erlangung eines blossen Gewinnes die Rede ist, keine rechtliche Verzeihung erhalten [78]. **Marckart** [79]) glaubt zwar, der Rechtsirr-

 thum

77) *L. 38. § 2. D. ad Leg. Iul. de adult. L. 3. §. 22. D. de SCto Silan. L. 4. Cod. de incest. nupt. L. 15. §. 5. D. de lege Cornel. de fals.* S. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. I. cap. 21. p. 32. NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 482. POTHIER Pandectae Iustin. Tom. I. Tit. de iuris et facti ignorant. Nr. VIII. pag. 647. Die einzelnen Fälle hat SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercitat. XXXV. §. 37. aufgezählt.

78) CUJACIUS Observat. Lib. XIV. cap. 39. bemerkt jedoch, daß auch hierin Ausnahmen Statt finden. Er beruft sich auf *L. 8. §. 2. D. Qui satisd. cog. L. 15. §. 5. D. de Lege Cornel. de fals.* und *L. 2. §. fin. D. de iure fisci.*

79) Exercitat. academ. Exercit. II. Cap. III. §. 18. pag. 109. sq.

thum entschuldige Frauenspersonen auch bey der Zurückforderung einer Nichtschuld nicht, weil die *L.* 10. *Cod. de iuris et facti ignor.* ganz allgemein sage: Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. Allein ausser der *L. ult. Cod. eodem* widerlegen diese Meinung folgende Gesetzstellen.

L. 5. Cod. de pact. Creditori tuo si partem pecuniae exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit ob causas, negotiaque eius tuo patrocinio fideque defensa: ea obligatione partim civili iure, partim honorario, liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conventi, vel doli, residui petitionem repellit: *cum et solutum per ignorantiam repeti possit.*

Daß hier von weiblicher Unwissenheit die Rede sey, erhellet aus der Inscription dieses Rescripts, welches an eine gewisse Demagora gerichtet ist.

L. 9. Cod. ad SCtum Vellejan. Quamvis mulier pro alio solvere possit: tamen, si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans; locum habet repetitio.*

In Ansehung der Soldaten ist die Verordnung der *L.* 1. *Cod. de iuris et facti ignor.* hier noch zu bemerken. Es ist aber bey diesen um so weniger ein Zweifel vorhanden, da ihnen sogar beym Gewinnen der Rechtsirrthum, propter armatae militiae simplicitatem, verziehen wird. Daß aber auch Bauern, und andere schwachsinnige und einfältige Personen beym Verlieren geschont werden, ist

bey

bey der klaren Vorschrift der Gesetze nicht zu läugnen [80]. Allen diesen Personen fällt es [illegible] nicht zur Last, wenn sie Belehrung [illegible] konnten, wofern sie nur derselben nicht leichtsinnig ausweichen.

2) Der Rechtsunwissende gehört nicht zu den privilegirten Personen. Hier ist es unter den Rechtsgelehrten streitig, ob die condictio indebiti begründet sey? Die gemeine Meinung [82]) schließt hier den Irrenden von der Condiction aus. Für diese Meinung spricht

80) *L.* 25. §. 1. *D. de probat. L.* 7. §. 4. *D. de iurisdict. L.* 1. §. 5. *D. de edendo. L.* 3. §. 22. *D. ad SCtum Silanian. L.* 2. §. *fin. D. de iure fisci.*

81) Anderer Meinung sind zwar LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. medit. 4. et 5. *Franc.* ALEF. in Diss. de iuris et facti ignorantia. Cap III. §. 44. in EIUS *Diss. atque Opuscul.* pag. 361. und HOMMEL Rhapsod. quaestion. Vol. III. Obs. 424. Allein man sehe STRUVENS rechtliche Bedenken 3. Band Bed. 110. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 507. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 28.

82) Die vorzüglichsten Vertheidiger derselben sind CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 39. DUARENUS Commentar. in h. Tit. cap. [illegible] Opera pag. [illegible] DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. [illegible] THOMASIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. [illegible] Quaest. [illegible] FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VIII. cap. 106. Lib. X. cap. [illegible] ROBERTUS Sententiar. receptar. iuris Lib. I. cap. [illegible] VOET Commentar. ad Pand. [illegible] SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXV. §. 82. TITIUS in iure priv. Lib. V. cap. 17. §. [illegible] OTTO in Commentar. ad §. 6. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. und besonders *Jo. Wilh.* MARCKART Exercit. de condi-

[illegible]ctione

1) die klare *L.* 10. *Cod. de iuris et facti ignor.* Cum quis *ius ignorans* indebitam pecuniam solverit: *cessat repetitio.* Per ignorantiam enim facti *tantum* repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Diese allgemeine Verordnung wird

2) durch die Regel des Paulus unterstützt, welche derselbe *L.* 7. *pr. D. eodem* giebt, wo er sagt: Regula est: *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Daß diese Regel auch mit auf die Zahlung einer Nichtschuld geht, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Paulus wendet sie selbst §. 5. auf einen solchen Fall an. Hierzu kommt,

3) daß die Gesetze den Rechtsirrthum für einen vermeidlichen, und folglich nicht entschuldbaren Irrthum erklären, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 48. *pr. D. de fideiuss.* Si Titius et Seja pro Maevio fideiusserint, subducta muliere, dabimus in solidum adversus Titium actionem: *cum scire potuerit, et ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.*

L. 29.

etione indebiti per errorem iuris civ. soluti, in EIUSD. *Exercitat. academ.* (*Hardervici* 1751. 4.) Exercit. II. pag. 69. sqq. Unter den neuern *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. I. et qc. WALCH Introduct. in controv. iur. pag. 676. sq. WEBER in Commentat. de usuris indebite solutis. §. 22. Not. 2. (in Desselben Versuchen über das Civilrecht S. 327. f.) GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati novissimi Tom. II. §. 1114. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 28. S. 21. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 487. in fin. n. a.

L. 29. §. 1. D. Mandati. Non male tractabitur, si, cum ignoraret fideiussor, *inutiliter se obligatum*, solverit, an mandati actionem habeat? et siquidem FACTUM ignoravit, recipi ignorantia eius potest: si vero IUS, aliud dici debet.

L. 2. Cod. de iuris et facti ignor. Cum *ignorantia iuris* facile excusari non possis, si maior annis viginti quinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

Hieraus erklärt sich, wenn Neratius *L. 2. D. de iuris et facti ignor.* sagt: In omni parte *error in iure* non eodem loco, quo *facti ignorantia*, haberi debebit: cum ius finitum et possit esse et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

4) In vielen Gesetzen wird es daher bey der condictio indebiti zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß der Irrthum ein error facti seyn müsse, wenn die Klage Statt haben solle.

L. 6. Cod. de iuris et facti ignor. Si non transactionis causa, sed indebitam, *errore facti*, olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse, Rector provinciae animadverterit, reddito quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

L. 6. Cod. de cond. indeb. Si *per ignorantiam facti* non debitam quantitatem pro alio solvisti; et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cuius nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

L. 7. Cod. eodem. Fideicommissum vel legatum indebitum, *per errorem facti* solutum, repeti posse, explorati iuris est.

L. 9. Cod. ad Leg. Falcid. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit.

Gleichwohl behaupten viele[83]) das Gegentheil, und wollen auch denen die Condiction gestatten, welche nicht zu den privilegirten Personen gehören, wenn nur von Seiten des Zahlenden keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen sey, welche jene Klage hindere. Allein die Gründe für diese Meinung sind nicht überzeugend, wie eine nähere Prüfung derselben beweisen wird. Man beruft sich

1) auf die Regel der natürlichen Billigkeit, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere[84]). Mit dieser Regel, glaubt man, lasse sich der angenommene Unterschied zwischen iuris und facti ignorantia nicht wohl vereinigen, weil die condictio indebiti nach Papinians Ausspruch[85]) auf Billigkeit gegründet sey. Allein wo dennoch

83) VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 47. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLIV. Th. 3. et 4. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5. *Lud.* [illegible] Lection. variar. Lib. II. cap. 22. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. p. 681. sqq.) HUBER Praelect. iuris civ. sec. Institut. Lib. III. Tit. 28. §. 8. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. II. §. 71. p. 101. sq. *Io. Eberh.* REICHMANN Diss. de condictione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda. *Marburgi* 1723. Cap. 3. Auch in den unpartheyischen Critik über jurist. Schriften 3. Bandes 5. St. S. 389. f. *Alb. Phil.* FRICK Diss. de indebito a solvente per errorem iuris civ. ad indebiti condictionem admittendo. *Helmst.* 1778. u. a. m.

84) *L. 206. D. de Reg. iur. L. 14. D. de cond. indeb.*

85) *L. 66. D. h. t.*

dennoch die Gesetze so deutlich und ausdrücklich zwischen Rechts- und Thatirrthum unterscheiden, als in den angeführten Stellen bey der condictio indebiti geschehen ist, da kann wohl jene Regel der Billigkeit nicht in Betrachtung kommen. Mit Recht sagt vielmehr Albrecht Bolognetus [86]). Cum verba legis illud ipsum tam aperte decidunt, de quo disceptatio est, ut sine vitio scripturae infecti non possint, tunc nulla interpretatione nullaque aequitate evitari poterunt, aut ad eum sensum contorqueri, qui prorsus a verbis alienus sit: nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae sit ex aequo et bono referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur. Man wendet zwar dagegen

2) ein, daß in dem ganzen Titel der Pandecten, de condictione indebiti, der doch ziemlich weitläuftig ist, niemals zwischen error iuris und facti ein Unterschied gemacht sey, sondern überall nur immer eine Zahlung vorausgesetzt werde, die aus Irrthum oder Unwissenheit geschehen ist. Es könnten daher die Gesetze im Codex, welche ohnehin lauter Rescripte wären, nur von einzelnen besondern Fällen verstanden werden, und dies um so mehr, weil sogar

3) mehrere Gesetzstellen dieses Titels, in welchen die Zurückforderung einer Nichtschuld gestattet wird, nicht wohl anders, als von einem Rechtsirrthume, erklärt werden können. Man führt z. B. folgende Stellen an.

L. 32.

86) Disputat. de Lege, iure, et aequitate. (*Witebergae* 1594. 8.) Cap. XXXIV. nr. 9. p. 637. sq.

L. 32. §. 1. *D. h. t.* Fideiussor cum paciscitur, *ne ab eo pecunia petatur*, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit: et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est.

L. 38. *D. eodem.* Diese Stelle ist schon oben (S. 88. ff.) vorgekommen und erklärt worden.

L. 40. *pr. D. eodem.* Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.

L. 43. *D. eod.* Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur: atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

L. 59. *D. eodem.* Si fideiussor iure liberatus, solverit errore pecuniam, repetenti non oberit.

L. 5. *Cod. eod.* Si a patre emancipatus ei non intra tempora praestituta iure honorario successisti, quidquid indebitum postea per errorem (utpote patris successor) dedisti, eius condictionem tibi competere, non est incerti iuris.

Allein dieser Einwurf läßt sich ohne Schwierigkeit beantworten. Immerhin mag in den Gesetzen dieses Titels zwischen iuris und facti ignorantia kein Unterschied gemacht worden seyn: genug wenn er in andern Gesetzen in Beziehung auf die condictio indebiti ganz klar gegründet ist. Ueberdem aber enthalten ja auch die Gesetze dieses Titels fast lauter solche Fälle, wo immer nur ein Thatirrthum zum Grunde lag. Dies läßt sich insonderheit von den angeführten Texten leicht beweisen, von denen auch nicht ein einziger bestimmt von einem Rechtsirrthume redet, sondern nur allenfalls einer nicht wohl anders, als von einem

nem solchen Irrthum zu erklären ist, nämlich *L.* 38. *D. h. t.* welcher aber billig zu den Ausnahmen gerechnet werden muß, wo auch bey den nicht privilegirten Personen der Rechtsirrthum Entschuldigung verdient[87]), von denen ich jetzt reden werde. Soviel die übrigen Texte anbetrifft, so erhellet aus der Vergleichung der *L.* 32. und *L.* 59. *D. h. t.* daß hier von einem bloßen errore facti die Rede sey. Ein Gläubiger hatte dem Bürgen seines Schuldners durch das pactum de non petendo seiner Verbindlichkeit entlassen. Hier war nun zwar der Bürge nach dem iure praetorio frey, er bezahlte aber, dieses Vertrags uneingedenk, dennoch die Schuld. Die Zurückforderung derselben ist hier keinem Zweifel unterworfen, wenn gleich der Hauptschuldner noch nicht bezahlt hatte. Denn der Vertrag mit dem Bürgen ist ein bloßes pactum in personam, welches dem Schuldner nicht zu statten kommt. Das Wort *imprudentia* in der *L.* 32. deutet ohne Zweifel auf einen errorem facti hin, und die Worte *iure liberatus* geben kein überzeugendes Argument, einen Rechtsirrthum zu fingiren, wenn man erwägt, daß alles erworbene Recht eine vorhergehende Handlung voraussetzt, und daher von dem Bürgen mit Recht gesagt werden konnte, er sey *iure liberatus*, welchen der Gläubiger seiner Verbindlichkeit durch ein pactum erlassen hatte, dem der Prätor die Wirkung der Befreyung beylegt. Es ist also ein sehr unsicherer Schluß, wer durch eine beständig wirksame Einrede gegen die Forderung eines Andern gedeckt war, und zahlt dennoch

87) S. *Christ. Dav.* GERLACH Diss. sub Tit. celeberrima et intricata Lex frater a fratre 38. pr. D. de condict. indeb. noviter et dilucide explicata. *Tubingae 1738.* §. 11.

dennoch aus Irrthum, hat ex errore iuris eine Nichtschuld gezahlt. Hierdurch erklären sich nun auch die übrigen Stellen von selbst. Nur die *L.* 5. *Cod. h. t.* ist streitig. Cujaz [88]) und Marckart [89]) erklären sie auch von einem errore facti. Sie nehmen den Fall an, daß der emancipirte Sohn, welcher seinem Vater nach dem prätorischen Rechte hätte succediren können, wenn er die bonorum possessio binnen der gesetzlichen Frist gesucht hätte, sich in der Meinung, das Jahr sey noch nicht verstrichen, als Erbe gerirt, und, als solcher, Schulden bezahlt habe. Allein wenn man auch hier einen Rechtsirrthum annehmen wollte, so war doch in dem Falle, wovon die *L.* 5. redet, der besondere Grund vorhanden, daß hier durch die Bezahlung der Nichtschuld die Schuld eines Dritten in der Meinung bezahlt worden ist, als ob sie der Zahlende selbst schuldig gewesen wäre. In diesem Falle aber gestatten die Gesetze die Zurückforderung ohne Unterschied, weil der wahre Schuldner dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht befreyet wird [90]). Es gehört also diese Stelle zu den Ausnahmen. Daß aber die für die erstere Meinung angeführte *L.* 10. *C. de iur. et facti ignor.* sich nicht auf einen besondern Fall beziehe, sondern eine allgemeine Vorschrift enthalte, ist daraus unläugbar, weil sich dieselbe auf die Regel des Papinians in der *L.* 9. *pr. D. eodem* gründet. Es sind überdem die Vertheidiger der letztern Meinung in Ansehung des Falls, worauf sich die *L.* 10. *Cod.* beziehen soll,

88) Recitat. solemn. in Cod. ad L. 5. C. h. t.

89) Cit. Exercitat. Cap. II. §. 6. pag. 100.

90) *L.* 19. §. 1. *D. h. t.* *L.* 31. *pr. D. de hereditat. petit.* S. oben §. 829. S. 85. ff.

soll, so verschiedener Meinung, daß schon dadurch die ganze Erklärung verdächtig wird [94]). Allein man beziehet sich

4) noch auf einige andere Stellen, welche namentlich wegen eines Rechtsirrthums, und zwar der Billigkeit wegen, die condictio indebiti gestatten sollen, und die hier noch eine nähere Beleuchtung verdienen. Es sind folgende.

L. 79. D. de Legat. II. Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit; iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter caeteros longo tempore perceperunt: non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit. Hier ist der Fall, daß die Erblasserin Grundstücke, welche sie nach dem Testament [illegible] ihres

94) Einige wollen diese *L. 10.* von dem Falle einer vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit erklären, welche durch die Civilgesetze nicht ganz aufgehoben ist; als SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 4. BRUNNEMANN in Comment. in Cod. ad h. L. 10. REICHMANN cit. Diss. Cap. III. §. 13. und *Franc.* ALEF in Diss. de iuris et facti ignorantia Cap. IV. Andere beziehen die *L.* 10. auf *L.* 2. *et* 3. *C. eod.* und erklären sie von solchen Fällen, wo bloß von Erhaltung eines Gewinns die Rede ist; als HUBER in Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 28. §. 8. Am sonderbarsten aber ist die Erklärung des PAGENSTECHER in Iurisprud. Polemica Quaest. XI. pag. 115. welcher aus den Worten *competere tibi notum est*, schließen will, die *L. 10.* sey ein Rescript an einen gewißen Rechtsgelehrten, dem freylich, als Kunstverständigen, der Rechtsirrthum immer zum Nachtheil angerechnet werden müsse. Allein die allgemein und bestimmt lautenden Worte der L. 10. gestatten eine solche einschränkende Erklärung nicht.

ihres, vor ihr verstorbenen Mannes den Freygelassenen desselben als ein Fideicommiß hinterlassen sollte, mit einem Nießbrauch zu beschweren sich unterfangen hatte, den zugleich ihre eigenen Freygelassenen haben sollten. Dies hätten sich nun zwar die Fideicommissare nicht brauchen gefallen zu lassen. Denn kein Legatar kann mit einer Beschwerde belegt werden, wenn ihm der Erblasser dasjenige, was er ihm vermacht hat, schon ohnedem schuldig war. Allein aus Unkunde des Rechts hatten die Fideicommissare es geschehen lassen, daß die Freygelassenen der Erblasserin lange Zeit den Genuß ihrer Grundstücke hatten. Vermuthlich glaubten sie, die Verordnung des Mannes brauche von der Frau nicht so genau erfüllt zu werden, ein Fideicommiß hänge von dem guten Willen des Fiduciars ab [92]). Es fragte sich also, ob ihnen der Rechtsirrthum schade? Das Gesetz entscheidet verneinend. Ganz richtig. Nam iuris ignorantia non nocet suum petentibus [93]). Hat aber deswegen die condictio indebiti Statt? Nein. Proditum est, sagt Ulpian [94]), neminem rem suam, nisi furi, condicere posse. Sie vindiciren also ihr Eigenthum. Man sieht hieraus, daß die ganze Stelle gar nicht hierher gehört.

L. 1. pr. D. Ut in possessionem legator. Si quis cum vetitus esset satis accipere, acceperit: an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et

92) S. Westphals hermenev. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1096.

93) *L. 7. D. de iuris et facti ignor.*

94) *L. ult. in fin. D. Usufructuar. quaemadmod. caveat.*

Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde si ignoravit, remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, *qui ius ignoravit?* adhuc tamen *benigne* quis dixerit, satisdationem condici posse.

Wenn der Erblasser die Caution der Vermächtnisse wegen verboten, der Erbe sie aber dennoch gemacht hat, so unterscheidet der Jurist, ob es wissentlich geschehen ist, oder aus Irrthum. Im ersten Fall findet die Condiction nicht Statt. Im letzten Fall unterscheidet er nochmals, ob der Irrthum aus einer Unwissenheit der geschehenen Erlassung, oder aus einer Unwissenheit des Rechts, daß der Erblasser dazu befugt gewesen sey, herrühre. In jenem Falle behauptet er ohne alles Bedenken, daß die Zurückforderung der geleisteten Caution zuläßig sey. In diesem aber findet er Bedenken, die Condiction zu gestatten, bemerkt indessen, es lasse sich hier wohl in Rücksicht der besondern Begünstigung letzter Willensverordnungen eine Ausnahme von der Regel machen. Dies ist unstreitig der eigentliche Sinn der Worte: adhuc tamen BENIGNE quis dixerit, satisdationem condici posse. Mit Recht erklärt daher Weber [95]) das BENIGNE so: *contra iuris regulas* hoc fieri, und Westenberg [96]) sagt: *Quod favore ultimarum voluntatum speciali iure benigne receptum est.* Nach dieser Erklärung ist also diese Stelle der Meinung, zu deren Unterstützung sie gebraucht wird, mehr entgegen, als für sie. Man glaubt endlich

5) durch

95) Versuche über das Civilrecht S. 328.

96) Divus Marcus. Diss. XXXV. §. 4.

5) durch die *L. 7. et 8. D. de iuris et facti ignorant.* diese Meinung vollends ausser allem Zweifel zu setzen. Denn in jener *L. 7.* werde die allgemeine Regel aufgestellet: Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, *suum vero petentibus non nocet.* Merkwürdig, sagt man, sey hier der Unterschied, welcher zwischen der Erwerbung, und der bloßen Zurückforderung des Seinigen gemacht werde. Letzteres sey nun der Fall bey der condictio indebiti. Also stehe der Rechtsirrthum dieser Klage nicht entgegen. Man giebt zwar zu, daß *Suum* und *Debitum* sonst in den Gesetzen [97]) unterschieden würden. Allein es bedeute doch auch das *Suum* sehr oft soviel als *debitum* [98]), und diese Bedeutung müsse besonders hier zum Grunde gelegt werden, wo von einer auf natürliche Billigkeit gegründeten Klage die Rede sey, weil derjenige ohne Zweifel das Seinige zurückfordere, welcher sich dieser Klage bedient. Daß hier der Rechtsirrthum nichts schade, bestätige Papinian nachher noch deutlicher, wenn er *L. 8. D. eodem.* ganz allgemein sage: Caeterum omnibus iuris error *in damnis amittendae* rei suae non nocet. Dieser Ausspruch sey aber hier um so wichtiger, weil der Jurist unmittelbar vorher gesagt hatte: Error iuris nec foeminis *in compendiis* prodest. Allein man irrt sehr, wenn man glaubt, daß diese Stellen von der condictione indebiti reden. Ich bin zwar nicht der Meinung, daß der Ausdruck *suum petere*

97) *L. 27. §. 2. L. 34. pr. D. de auro et arg. legato.*

98) *L. 6. §. 6. D. Quae in fraud. creditor. L. 15. §. 5. D. de re iudic. L. 44. D. de cond. indeb. L. 5. §. 5. D. de doli mali et met. except. L. 96. §. 1. D. de Solut. L. 129. pr. D. de div. reg. iur. L. 5. Cod. de heredit. petit.* Vid. BRISSON. v. *Suum.*

tere immer nur auf eine Vindication des Eigenthums hinbeute; er wird auch gebraucht, wenn man aus einer obligatio etwas zu fordern hat [99]). Es ist daher noch kein bündiger Beweis, daß hier darum von der condictio indebiti nicht die Rede seyn könne, weil der Eigenthümer nicht seine Sache condicire [100]). Denn die Gesetze brauchen das Wort *petere* auch für repetere [1]), und sagen selbst von dem, welcher sich der condictio indebiti bedient, *suum repetit*, oder *per condictionem petit* [2]). Demohngeachtet

K 2 stehen

99) S. z. B. sagt *L.* 5. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* Creditor suum petit.

100) Dies ist der gewöhnliche Beweis, den die Vertheidiger der ersten Meinung führen, daß die *L.* 7. *D. de iur. et facti ignor.* nicht von der condictione indebiti rede. So sagt z. B. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 3. pag. 738. *Regula ista iuris, quod* error iuris suum petentibus non noceat, *ad propositum hûc plane accommodari nequit, quia, qui indebitum solutum repetit, alienum petit, non suum. Nam quamprimum solvit, dominium eius rei solutae amisit, et in accipientem transtulit.*

1) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Petere.*

2) Zum Beyspiel kann die *L.* 53. *D. h. t.* dienen, wo Proculus sagt: Dominus testamento servo suo libertatem dedit, *si decem mihi det;* servo ignorante, id testamentum non valere, data sunt mihi decem. Quaeritur, quis repetere potest? *Proculus* respondit: Si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino (es ist hierunter der Erbe zu verstehen, denn es ist hier von Erfüllung einer Testamentsbedingung die Rede.) id permissum non esset, (in den *Basilicis*, Tom. III. pag. 557. heißt es: *παρὰ γνώμην τȣ̃ κληρονόμου.*) manent nummi domini, (i. e. heredis) eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet. Si autem alius rogatu servi suos nummos

stehen diese Gesetze unserer Meinung nicht entgegen, wenn man sie mit **Noodt** [a]) und **Giphan** [4]) so versteht, der Rechtsirrthum schadet Niemanden, wenn es auf Abwendung eines Verlusts, oder darauf ankommt, das Seinige aus den Händen des Andern zu erhalten, woran man das Eigenthum noch nicht verlohren hat. Allein er begründet keine Klage, um das wieder zu bekommen, wovon man einmal das Eigenthum dem Andern überlassen hat. **Giphan** sagt: Error in iure *non nocet quidem in damnis*, id est, non adfert damnum, sed idem quoque error damno non eximit, id est, *non prodest in damno*. Atqui si daretur condictio erranti in iure, tuus error *prodesset* in damno, quia scilicet error daret condictionem solventi, quam alioquin, id est, sine errore, non haberet.

mos dedit, facti sunt mei, eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, *per condictionem petere* potest. *Sed tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere.* So wie nämlich derjenige, welcher für einen andern zahlt, sich diesen verbindlich macht, *L. 47. D. h. t.* so konnte auch hier der Herr, wenn sein Sklave einem Dritten den Auftrag gegeben hatte, für ihn zu zahlen, von diesem mit der actione mandati belangt werden. Denn auch römische Sklaven konnten Aufträge geben *L. 22. §. 9. D. mand. L. 3. §. 5. 6. et 7. D. de pecul. L. 1. Cod. de furt.* Um diesen Umweg zu vermeiden, wird hier dem Zahlenden gleich selbst die *condictio indebiti* gegen dem Empfänger der Nichtschuld gestattet, die sonst der Herr anstellen konnte. S. MEIERI Ευδοξῶν Iustinianeor. Dec. IV. cap. 6.

3) Comment. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. *Oper.* T. II. pag. 481.

4) Explanat. difficilior. et celebr. LL. Cod. ad L. 10. Cod. de iur. et facti ignor. pag. 23.

beret. Qui enim solvit sciens, non habet condictionem indebiti. Paulus bestätigt diese Erklärung noch mehr, wenn er *L. 9. §. ult. D. eodem.* in Beziehung auf die condictionem indebiti sagt: Sciant, *ignorantiam facti, non iuris prodesse:* nec stultis solere succurri, sed errantibus. Nach dieser Erklärung wären daher auch jene Stellen der andern Meinung mehr entgegen, als daß sie dadurch ausser Zweifel gesetzt werden sollte.

Wenn nun aber gleich die Regel an sich feststeht, daß der Rechtsirrthum bey den nicht privilegirten Personen keine condictionem indebiti begründet, so lassen doch die Gesetze in einzelnen Fällen aus rechtmäßigen Ursachen Ausnahmen Statt finden. Hierauf deutet nicht nur Cajus im Allgemeinen hin, wenn er *L. 25. D. de Minorib.* sagt: Illud nullam habet dubitationem, quin minor, si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est, sit ei utilis actio ad repetendum: *cum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis dari solet repetitio* [5]; sondern es kommen auch solche Fälle hin und wieder in den Gesetzen vor, wo es für billig gehalten wird, auch den nichtprivilegirten Personen wegen einer aus einem Rechtsirrthum bezahlten Nichtschuld eine Condiction zu verstatten. Dahin gehört

1) wenn der Irrende keine Gelegenheit hatte, einen Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen [6]. Es ist merkwürdig, wenn Paulus *L. 9. §. 3. D. de iuris et facti*

K 3 *ignor.*

5) Man sehe über diese Stelle vorzüglich *Ant.* FABRI Rational. in Pand. Tom. I. pag. 561. sq.

6) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3088.

ignor. sagt: Sed iuris ignorantiam non prodesse, LABEO ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est. Diesem gemäß sagt daher eben dieser Jurist an einem andern Orte, wo auch von der Wirkung der Rechtsunkunde die Rede war, nämlich *L.* 10. *D. de bonor. possession.* Satis esse, copiam eorum, *quos consuleret,* quem habuisse. *Scientiam* enim non hanc accipi, *quae Iurisprudentibus sit*: sed eam, quam quis aut per se habeat, aut *consulendo prudentiores adsequi potest.*

2) Wenn das Recht, worauf es in einem gewissen Falle ankam, an sich sehr ungewiß und zweifelhaft war [7]), wie in dem famösen Falle der *L.* 38. *D. h. t.* welche oben ausführlicher erklärt worden ist [8]).

3) Wenn

7) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. IV. Th. 13. nr. 6. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXV. §. 40. MARCKART Exercitat. academ. Exerc. II. Cap. 2. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 3—5.

8) HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 3. in fin. pag. 738. will zwar in dem Falle der *L. 38. D. h. t.* einen errorem facti annehmen. Er sagt nämlich: *Frater solvendo in facto erravit, dum existimavit, mutuum ex causa castrensis peculii fuisse contractum.* Allein in dem unterliegenden Falle konnte von keinem andern peculio als von einem *profectitio* die Rede seyn. Daß einer von beyden Brüdern ein Soldat gewesen, wird nirgends gesagt. Ein peculium castrense wurde überdem nicht conferirt, wie doch in dem Falle der *L. 38.* geschahe. Man sehe *L. 1. §. 15. D. de Collation. bon.* Das Gesetz spricht auch nur von einer natürlichen Verbindlichkeit, welche aus dem Darlehn entstanden sey. Hätte der creditirende

3) Wenn Jemand durch den Rechtsirrthum veranlaßt wurde, eine Schuld für einen Andern zu bezahlen, welche er selbst schuldig zu seyn glaubte, wie in dem oben vorgekommenen Falle der *L. 5. Cod. h. t.*

4) Wenn der Empfänger das, was er aus Unwissenheit des Rechts indebite erhielt, auf eine erlaubte Art nicht behalten darf; z. B. der Schuldner hat dem Gläubiger Zinsen von Zinsen bezahlt [9]).

5) Wenn aus einem Rechtsirrthum eine Caution von dem Erben geleistet worden ist, welche ihm von dem Testirer war erlassen worden. *L. 1. pr. D. Ut. in possess. legator.*

Sollte bey dem vorgefallenen Rechtsirrthum dem Empfänger der Nichtschuld ein erweislicher Dolus zur Last fallen, so würde die condictio furtiva begründet seyn [10]).

Mehrere Rechtsgelehrte [11]) wollen zwar heutiges Tages den Unterschied zwischen ignorantia iuris und facti ver-

de Bruder das Geld von seinem peculio castrensi geliehen, so wäre ihm der Schuldner nicht naturaliter, sondern civiliter dadurch verpflichtet worden; *arg. L. 15. §. 1. D. de castr. pec.* und *L. 4. D. de iudic.* S. GERLACH Diss. ad L. Frater a fratre 38. pr. D. h. t. §. 6. not. y. et aa.

9) *L. 26. §. 1. D. h. t.* BOEHMER Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. V. §. 27.

10) *L. 18. D. de condict. furt. L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except. L. 7. pr. D. de condict. caus. dat.*

11) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. medit. 1. sqq. *Franc.* ALEF Diss. de iuris et facti ignorantia. Cap. III. §. 31. sqq. in EIUS *Diebus academ.* Diss. III. pag. 155. sqq

verwerfen, und blos darauf gesehen wissen, ob der Irrthum an sich verzeihlich war, oder nicht. Sie glauben auch, daß es darauf nicht weiter ankomme, ob der Irrende einen wirklichen Verlust an seinem Vermögen erlitten, oder blos einen Gewinn verlohren habe, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können. Es soll auch der Unterschied zwischen privilegirten und nicht privilegirten Personen nicht weiter in Betrachtung kommen. Allein es läßt sich ein solcher Nichtgebrauch des röm. Rechts nicht erweisen, wofern nicht besondere Landesgesetze ein Anders mit sich bringen.

§. 835.

Worauf geht die condictio indebiti? condictio *certi* und *incerti*.

Die condictio indebiti geht überhaupt auf Wiedererstattung desjenigen, was der Beklagte indebite empfangen hat, so weit er dadurch bereichert ist. Besteht dieses in einer bestimmten Quantität, oder in einer individuellen Sache, so heißt sie *condictio certi*, in allen übrigen Fällen aber, wo das indebitum in etwas Anderem besteht, *condictio incerti* [12]). Diese letztere findet in folgenden Fällen Statt.

1) Wenn eine Caution ohne Schuldigkeit geleistet worden, in der Meinung, als ob man dazu verbunden ge-

sqq. *Io. Tob.* CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 27. voc. *privatur*.

12) Andere schränken jedoch den Ausdruck *Condictio certi* bloß auf eine bestimmte Geldsumme ein. Alle andere Sachen rechnen sie zur *condictione incerti*. S. de COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. et Qu. 18. *de* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 41. §. 2.

wesen wäre [13]. Hier geht die Condiction dahin, daß die geleistete Caution kassirt, und der Beklagte verurtheilt werde, den empfangenen Bürgschein, oder die erhaltenen Pfänder zurückzugeben [14]).

2) Wenn eine Caution aus Irrthum erlassen worden ist [15]). Hier geht die Condiction dahin, die Caution für nicht erlassen zu erklären.

3) Wenn der Besitz auf einen Andern aus Irrthum indebite übertragen worden ist. Hier geht die Klage auf Wiederabtretung des Besitzes, und diese Klage hat Statt, wenn auch der Beklagte die Sache so lange besessen hätte, als zu einer Verjährung gegen den wahren Eigenthümer erfordert wird, wenn z. B. der Besitz einer fremden Sache indebite wäre übertragen worden [16]).

4) Wenn

13) *L.* 1. *pr. D. Ut in possess. legator.* sagt: repeti satisdatio ita potest, ut heres condicat liberationem; d. i. es kann auf die Aufhebung der Caution geklagt werden. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 967. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 19.

14) *L.* 31. *D. h. t.*

15) *L.* 39. *D. h. t.*

16) *L.* 15. §. 1. *D. eodem.* Wenn es in dieser Gesetzstelle heißt: Sed *et si possessionem tuam fecissem*, ita ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit; etiam sic recte tecum per *indebiti condictionem* agerem; so muß, statt *fecissem*, vielmehr *fecisses* gelesen werden, wie *Io. Van de* WATER in Observat. Rom. Lib. II. cap. 16. gezeigt hat. Es stimmen mit dieser Emendation auch die *Basilica* überein. In diesen ist Tom. III. pag. 547. der Sinn dieser Worte so ausgedruckt: ἀναλαμβάνω γὰρ κἂν ἐν τῷ μεταξὺ διὰ χρήσεως κυριεύσῃς. i. e. *Nam repeto, licet interim usu tuam feceris.* Nur gegen den

4) Wenn ein Recht indebite ist aufgegeben oder erlassen worden, z. B. eine Servitut. Hier geht die Klage auf Wiederherstellung des erlassenen Rechts [17].

6) Wenn ein factum in vermeintlicher Schuldigkeit aus Irrthum geleistet worden ist. Hier ist die Dienstleistung zu Gelde anzuschlagen, und die Klage auf Vergütung des Werths derselben zu richten, so weit der Beklagte davon Nutzen gehabt hat [18].

7) Wenn etwas indebite versprochen, und deshalb eine Handschrift ausgestellet worden ist. Hier geht die Klage auf Vernichtung der Schuld, und Zurückgabe der Handschrift [19].

Diese Condictio incerti hat das Unterscheidende, daß sie keine Uebertragung des Eigenthums erfordert. Denn diese ist in allen den angeführten Fällen unmöglich [20]. Dies hat

den Eigenthümer selbst findet die condictio indebiti nicht statt. *L.* 33. *in fin. D. h. t.* S. *Iulius* PACIUS Ευαντιοφαν. f. Legg. conciliatar. Centur. III. Qu. 99. und VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12.

17) *L. 22. D. eodem.*

18) *L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 3. L. 6. Cod. de operis libertor.* Ein Formular von einer solchen Klagschrift, wenn indebite geleistete Dienste condicirt werden, findet man in *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de condictione facti indebite praestiti, praes. *Eb. Christ.* CANZ def. *Tübingae 1769.* §. 23.

19) *L. 31. D. h. t. L. 3. Cod. eodem. L. 5. in fin. D. de act. emti vend. L. 2. §. 3. et 4. D. de donat. de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

20) S. GMELIN Diss. cit. de condict. facti indebite praestiti. §. 30.

hat denn weiter die Folge, daß hier die condictio indebiti ohne Unterschied begründet ist, der Beklagte mag in bona oder mala fide sich befinden [21]). Nur die condictio indebiti certi erfordert zu ihrer Begründung die Uebertragung des Eigenthums [22]), und findet daher nicht Statt, wenn diese durch den Dolus des Beklagten gehindert wird [23]). Hier muß die condictio furtiva angestellet werden [24]).

Bey der condictio indebiti certi kommt es nun darauf an,

a) ob fungible Sachen gegeben wurden. Hier geht die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art und Güte [25]). Denn die condictio indebiti ahmt hier die Natur der Darlehnsklage nach [26]). Daher kann auch der Kläger keine Zinsen fordern. In der *L. 1. Cod. h. t.* heißt es ausdrücklich: Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutae, esse repetitionem iure

21) GMELIN cit. Diss. §. 4. et §. 31.

22) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadm. cav. L. 1. D. de condict. furt. L. 1. §. 1. D. de condict. tritic. L. 9. pr. D. de iure dot.*

23) GMELIN cit. Diss §. 4. not. b. Man vergleiche auch den 4. Theil dieses Commentars §. 296. S. 137. ff.

24) *L. 18. D. de condict. furtiva.*

25) *L. 7. L. 19. §. 2. D. h. t. L. 25. in fin. D. de praescript. verb.* Zuweilen geht die Klage auch auf Erstattung des Werths; z. B. wenn Getraide indebite gegeben worden, und dieses consumirt ist. *L. 65. §. 6. D. h. t.*

26) *L. 5. §. 3. D. de obligat. et action. §. 6. I. de obligat. quae quasi ex contr. nascunt.*

iure condictionis, non ambigitur. — *Usuras autem eius summae praestari tibi frustra desideras*: actione enim condictionis *ea sola quantitas* repetitur, *quae indebita soluta est*. Viele [27]) setzen den Grund dieser Verordnung darin, weil die condictio indebiti zu den actionibus stricti iuris gehört habe, und behaupten daher, daß heut zu Tage darauf keine Rücksicht zu nehmen sey, weil jetzt alle Klagen bonae fidei wären. Nach heutigem Rechte könne also die condictio indebiti ohne Bedenken auch mit auf die Zinsen einer aus Irrthum indebite bezahlten Summe gerichtet werden. Allein mit Recht ist diese Meinung schon längst von andern [28]) verworfen worden. Daß die condictio indebiti nie zu den actionibus stricti iuris gezählt worden sey, erhellet daraus klar, weil Papinian *L. 66. D. h. t.* ausdrücklich sagt: Haec condictio ex *aequo et bono* introducta est. Bey diesem ganz bestimmten Ausspruch kann es daher auch nicht in Betrachtung kommen, daß diese Klage in dem §. 28. *I. de actionib.* nicht unter den actionibus bonae fidei mit aufgeführt worden ist. Denn es ist eine falsche Voraussetzung, daß die Verfasser

27) CARPZOV Responsor. iuris Lib. IV. Resp. LI. nr. 22, STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIV. §. 38. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 16. HEINECCIUS Elem. iuris civ sec. ord. Pand. h. t. §. 59. *Frid. de* BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 108. und ENGELBRECHT in Select. Observation. for. Spec. III. Obs. 98.

28) S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 73. KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 52. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. LXXVII. nr. 20—25. pag. 235. *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

fasser der Institutionen in der angeführten Stelle eine vollständiges Verzeichniß der bonae fidei actionum haben geben wollen, wie auch schon Höpfner [29]) ganz richtig bemerkt hat. Daß es aber actiones stricti iuris geben könne, quae sunt ex aequo et bono, wie Janus a Costa [30]) hat behaupten wollen, ist ein auffallender Widerspruch, welchen Ulpian hinlänglich widerlegt, wenn er *L.* 24. §. 6. *D. de religios.* bey Gelegenheit der actio funeraria, die ohne Zweifel eine actio bonae fidei ist [31]), ob ihrer gleich §. 28. *I. de action.* nicht gedacht worden, den Ausdruck *ex aequo et bono* durch ex bona fide erklärt. Richtiger setzen daher andere Rechtsgelehrten den Grund, warum die condictio indebiti nicht auf Zinsen geht, gerade darin, daß die Klage eine actio bonae fidei sey. So sagt z. B. Hubert Giphan [32]): Vera ratio, cur in condictionem indebiti non veniat usura; est ea, quia haec condictio est naturalis, et ex aequo et bono, quae aequitas non patitur, ut plus repetatur, quam datum sit. Condictione enim id agitur, ut qui solvit, non sit in damno, non vero, ut etiam sit in lucro [33]). Und Pothier [34]) macht folgende sehr treffende Bemerkung: In solutione indebitae pecuniae facta illi, qui eam bona fide accipit, nulla conventio, nullam delictum versatur,

29) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1129. Not. 1.

30) Commentar. ad §. 28. I. de actionib.

31) *L.* 14. §. 13. *D. de relig.*

32) Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 1. C. h. t. pag. 235.

33) *L.* 13. §. *ult. et L.* 14. *D. h. t.*

34) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. b. pag. 377.

tur, unde obligatio huius pecuniae restituendae nascitur. Haec obligatio ex ea duntaxat aequitatis regula nascitur, quae praecipit, neminem cum alterius detrimento locupletari; hinc consequens est, ut non ultra porrigatur, quam is, qui accepit, locupletatus est. Es ist also wohl unstreitig, daß der wahre Grund, warum die Klage nicht auf Zinsen gehe, in der Natur der Condiction selbst liege. Denn da die Klage eine Uebertragung des Eigenthums, wie die aus dem Darlehn, voraussetzt, so kann sie auch eben so, wie die actio mutui, schlechterdings nur darauf gehen, daß die indebite gezahlte Summe dem Kläger in gleicher Art und Güte wieder erstattet werde, wie dieser Grund selbst in der L. 1. *Cod. h. t.* deutlich genug angeführt wird. Es läßt sich daher nun auch der heutige Gebrauch jener Vorschrift des röm. Rechts so wenig bezweifeln, daß selbst diejenigen, welche die condictio indebiti heut zu Tage auf Zinsen erstreckt wissen wollen, gestehen müssen, daß der Gerichtsgebrauch ihrer Meinung entgegen sey [35]. Dennoch pflegt man gewöhnlich zwey Fälle auszunehmen, nämlich

1) wenn

35) So z. B. sagt SCHILTER Exercit. XXIV. ad Pand. §. 38. Ast cum moribus nostris res ad aequitatem naturalem fere fuerit reducta, et obligatio ad usuras naturalis etiam civilem obtineat efficaciam, consequens utique est, etiam Usuras pecuniae indebite solutae peti posse, et adiudicari debere. *Sed hactenus tamen hodierni ICti solent uti iure romano.* Den heutigen Gebrauch bezeugen insonderheit CARPZOV P. II. Const. 30. Def. 18 Consil. Tubingens. Vol. VI. Cons. 94. GRASS Collat. iuris civ. cum. Recess Imp. Sect. VI. §. 1. pag. 270. sqq. MEVIUS Consil. 99. *Fratr.* BECMANNOR. Consil. et Decis. P. II. Consil. 67. nr. 20. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 3089. not. g.

1) wenn der Beklagte von den indebite empfangenen Geldern selbst Zinsen gezogen haben sollte [36]); weil es ausgemachten Rechtens sey, daß erhobene Zinsen als fructus rei anzusehen wären, und daher auch billig cum ipsa re condicirt werden könnten [37]).

2) Wenn dem Beklagten bey der Wiedererstattung eine ungebührliche Verzögerung zur Last fällt [38]); oder es könnten wenigstens von Zeit der erhobenen Klage an die Zinsen gefordert werden [39]).

Beyde Fälle verdienen aber noch eine genauere Prüfung. In Rücksicht des erstern Falles wandte zwar schon Voet [40]) ein, daß es hart seyn würde, wenn derjenige, welcher im guten Glauben die indebite empfangenen Gelder

36) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. de BERGER Supplem. ad Electa disceptat. for. P. I. pag. 620. LEYSER Meditat ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 10. MEVIUS Part. VI. Decis. 33. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. Utrum per condictionem indebiti repeti possint usurae? Lips. 1768. §. 7. sq. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. LXXIII. S. 242. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 20. in fin. und Westphal Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 1. S. 80.

37) *L. 34. D. de Usur.*

39) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 29. LEYSER c. l. Westphal a. a. O. BOEHMER Doctr. de Action. Sect I. Cap. 2. §. 38.. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2.

38) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Cod. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 52. pag. 288. sq. *Henr. Ioh. Otto* KOENIG in Diss. de quaestione, utrum usurae veniant in condictionem indebiti. *Halae 1774.* §. IV. not. l.

40) Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. in fin.

der auf seine Gefahr ausgeliehen, und dafür Zinsen erhoben hat, angehalten werden sollte, die letzteren wieder herauszugeben. Denn da der Kläger doch inzwischen die Gefahr des Kapitals nicht gehabt hat, so sey es billig, daß der Beklagte, welcher das periculum sortis in der Zwischenzeit gehabt habe, auch die Zinsen dafür genieße. Allein dieser Grund dürfte, genau erwogen, darum von keinem sonderlichen Gewicht seyn, weil sich nicht schlechterdings behaupten läßt, daß in dem unterliegenden Falle die Gefahr nur gerade auf Seiten des Empfängers gewesen sey. Denn da derselbe, als bonae fidei possessor, für das empfangene indebitum nur in soweit haftet, als er dadurch bereichert worden ist, so würde er auch die Gefahr nicht tragen dürfen, wenn das Kapital durch das Ausleihen des Geldes verlohren gegangen seyn sollte, er müßte vielmehr, weil hier der Grund der Klage wegfällt, ganz freygesprochen werden [41]). Hugo Donellus [42]) meint zwar, der Empfänger der Nichtschuld müsse, wie der Schuldner im Darlehn, die Gefahr tragen, wenn die indebite gegebene Sache eine fungible ist [43]). Allein wenn gleich auch der Empfänger der Nichtschuld quasi ex mutui datione obligirt wird [44]); so ist doch noch immer zwischen der obligatio ex mutuo, und der ex solutione indebiti ein großer Unterschied, indem letztere nur insofern begründet wird, als der Empfänger durch das erhaltene indebitum sich

41) S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. in fin. *Oper.* pag. 916.

42) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18.

43) §. 2. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

44) *L.* 5. §. 3. *D. de obligat. et act.*

sich reicher befindet; dahingegen erstere durch den Contract unbedingt begründet ist, und daher fortdauert, wenn gleich der Schuldner keinen Nutzen von dem erhaltenen Darlehn gehabt hätte. Dessen allen ungeachtet scheint mir die erste Ausnahme dennoch ungegründet zu seyn. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken. Der Beklagte hat entweder die erhobenen Zinsen consumirt, oder er besitzt sie noch. In dem ersten Falle fällt schon darum alle Vergütung weg, weil doch dem Beklagten eben so viel Recht, als einem bonae fidei possessor, zustehen muß, welcher die fructus consumtos lucrirt [45]). In dem letztern aber scheint es zwar der Billigkeit gemäß zu seyn, daß der Beklagte mit den indebite empfangenen Geldern auch den davon gezogenen Gewinn herausgebe. Allein die ganz allgemein lautenden und entscheidenden Worte des Gesetzes sprechen auch hier den Beklagten von der Restitution der Zinsen frey. So wenig also beym Darlehn die Klage darum auf Zinsen gerichtet werden kann, weil der Empfänger desselben das Geld genutzt, und damit wieder etwas gewonnen hat; so wenig kann auch aus diesem Grunde die condictio indebiti mit auf die Zinsen gerichtet werden, da sie ganz nach der Form der Darlehnsklage gebildet ist *). Der Irrthum, daß heutiges Tages die Darlehnsklage auf Zinsen gerichtet werden könne, wenn auch der Schuldner dergleichen nicht versprochen hätte, und sich auch nicht im Verzug der Wiederbezahlung wegen befinden sollte, ist oben [46]) widerlegt worden.

Soviel

45) §. *35.* *I. de Rer. divis.* S. HOMMEL Rhapf. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 20. not. b. pag. 209.

*) S. MADIHN ad *Mencken* doctr. de Actionib. for. pag. 335. n. 1058.

46) S. den 12. Theil dieses Commentars §. 779. S. 5. Not. 21.

Soviel die andere Ausnahme anbetrift, so sind die Rechtsgelehrten hier wieder unter sich verschiedener Meinung. Einige sprechen dem Kläger ohne Unterschied a tempore morae Zinsen zu, der Verzug mag durch eine gerichtliche oder aussergerichtliche Interpellation bewirkt worden seyn, wie z. B. Stryk und andere oben angeführte Rechtsgelehrte. Andere hingegen glauben, daß der Kläger erst von Zeit der Litiscontestation, oder wenigstens von dem Tage der insinuirten Ladung an, die Zinsen fordern könne, wie Huber, Brunnemann und mehrere andere. Noch andere wollen den Verzug des Beklagten erst von der Zeit an gerechnet wissen, wo der Kläger den Irrthum in Bezahlung der Nichtschuld nachgewiesen hat, als Westphal [47]) und Emminghaus [48]). Nun fehlt es zwar auch nicht an Rechtsgelehrten [49]), welche diese zweyte Ausnahme schlechterdings verwerfen, oder sie wenigstens nur in dem Falle zulassen wollen, wenn dem Kläger das condicirte Kapital durch richterliches Erkenntniß bereits rechtskräftig zugesprochen seyn sollte [50]). Allein da sie den Grund ihrer Meinung lediglich darin setzen, daß die condictio indebiti eine actio stricti iuris sey, dergleichen sie doch so wenig nach dem römischen als heutigen Rechte ist; so verdient diese

47) Oeffentliche und Privat-Rechtsgutachten 1. B. ad h. Tit. §. 1. S. 80.

48) Ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 20. not. b. pag. 209.

49) DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. in fin. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit 6. Th. 7. not. 6.

50) Quistorp in den rechtl. Bemerkungen 1. Bd. Nr. LXXIII. S. 239.

diese letzte Meinung an sich keinen Beyfall. Es ist vielmehr nach einer richtigern Theorie ein Unterschied zwischen dem römischen und heutigem Rechte zu machen. Nach der Vorschrift des röm. Rechts konnte auch nicht einmal der Verzug bey der condictio indebiti eine Zinsenforderung begründen. Denn die *L.* 1. *C. h. t.* macht für diesen Fall keine Ausnahme, und auch die actio mutui konnte nicht auf Verzugszinsen gerichtet werden, deren Natur doch die condictio indebiti annimmt. [51]) Allein so wie nach teutschen Rechten beym Darlehn Verzugszinsen gefordert werden können [52]), so hat es auch keinen Zweifel, daß heutiges Tages nicht minder bey der condictio indebiti, wegen des Verzugs in Wiederbezahlung des indebite empfangenen Geldes, Zinsen verlangt werden können [53]). Daß dieser Verzug aber immer von Zeit der Litiscontestation an eintrete, wie viele behaupten, ist nicht erweislich. Bey dinglichen Klagen treten zwar von dieser Zeit an alle

L 2 Wir-

51) *L.* 24. *D. de praescr. verb.* BOEHMER Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae §. 30.

52) Deputations-Absch. vom J. 1600. §. 174. und Jüngst. Reichsabschied §. 152.

53) Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch behaupten, daß die Bestimmung der angeführten Reichsgesetze nur auf das Darlehn einzuschränken sey, und daß daher bey der condictione indebiti auch heutzutage keine Verzugszinsen gefordert werden könnten. S. GRASS Collat. iuris civ. cum Recess. imp. Sect. VI. Th. 1. pag. 276. sq. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1847. Gerstlacher im Handbuch der teutschen Reichsgesetze Th. 10. B. 2. Kap. 4. § 87. Anmerk. 200. S. 2189. Ich kann dieser Meinung nicht beytreten.

Wirkungen des Verzugs ein [54]). Allein bey persönlichen Klagen läßt sich nicht auf gleiche Weise annehmen, daß durch die Litiscontestation ein böser Glaube bewirkt werde [55]). Denn die Regel: *post litem contestatam, quinimo post controversiam motam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*, geht nur auf doli und culpae praestationem [56]), wovon hier bey einer Klage, wodurch der Kläger sein ehemaliges Eigenthum zurückfordert, die Frage nicht seyn kann [57]). Wer

54) *L.* 25. §. 6. et 7. *D. de hered. petit. L.* 45. *D. de rei vindic. L.* 2. *C. de fruct. et lit. expens. L.* 10. *C. de acquir. et ret. poss.*

55) S. Heinr. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. Stuttgart 1800. 1. Betr. S. 28. ff.

56) S. den 7. Theil dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 567. S. 545. ff.

57) Die *L.* 35. *D. de Usur.* wenn es heißt: *Lite contestata usurae currunt*, gehört gar nicht hierher. Es ist ganz unrichtig, wenn man gewöhnlich diese Gesetzstelle so verstehen will, als ob von Zeit der Litiscontestation an Zinsen zu laufen anfangen sollen, welche vorher nicht hätten gefordert werden können. Es ist vielmehr hier von der Fortdauer des Zinsenlaufs oder von einer Nichtunterbrechung desselben die Rede. Der Sinn ist also der, daß durch die Litiscontestation der Zinsenlauf nicht aufgehoben werde. Es konnte allerdings Zweifel entstehen, ob nicht durch die L. C. welche eine nothwendige Novation bewirkt, *L.* 11. §. 1. *L.* 29. *D. de novat.* der Lauf der Zinsen unterbrochen werde? Diesen Zweifel wollte Paulus hier beantworten, wie sich aus *L.* 1. *C. de iudic.* ergiebt, wo die Kr. Sever und Antonin, unter denen Paulus lebte, rescribirten; iudicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Verbindet man damit noch eine andere Stelle,

Wer demnach mit Grund die Zurückzahlung verweigert, dem fällt kein Verzug zur Last, und er darf also auch keine Zinsen bezahlen [58]). Dies kann aber hier der Beklagte so lange, als der Kläger nicht den Irrthum nachgewiesen, und den Beklagten von der Bezahlung einer Nichtschuld überzeugt hat. Also erst von dieser Zeit an tritt der Verzug des Beklagten ein, es mag jene Ueberzeugung durch eine gerichtliche oder aussergerichtliche Interpellation bewirkt worden seyn.

b) Sind individuelle Sachen indebite gegeben worden, so können diese mit allen Früchten und sonstigen Accessio-

Stelle, nämlich die *L. 18. D. de novat.* welche eben so, wie die *L. 35. D. de Usur.* aus PAULI *Libro 57. ad Edictum* genommen ist, und von welcher diese, aller Wahrscheinlichkeit nach, einen Theil ausmachte; so wollte Paulus die Wirkungen der freywilligen und nothwendigen Novation einander entgegenstellen. Durch die erstere werden mit der Hauptverbindlichkeit auch alle accessorische Verbindlichkeiten aufgehoben, mithin auch der Lauf der Zinsen unterbrochen: Novatione legitime facta, sagt Paulus *L. 18. D. de novat.* liberantur hypothecae et pignus, *usurae non currunt.* Allein von ganz anderer Beschaffenheit ist die letztere. Denn da man durch Anstellung einer Klage seine Lage nicht verschlimmern, sondern nur verbessern kann, so müssen auch, der Litiscontestation ungeachtet, die Zinsen fortlauffen. Dies ist es, was Paulus *L. 35.* sagen wollte. S. CUJACIUS Observat. Lib. XVIII. c. 3. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XV. cap. 1. und *Ger.* NOODT Tr. de foenore et usur. Lib. III. cap. 12.

58) *L. 24. D. de Usur.* Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique, si iuste ad iudicium provocaverit. *L. 63. D. de reg. iur.*

cessionen zurückgefordert werden [59]). Die Klage geht also hier auf Zurückgabe in Natur, und nur, wenn dieses nicht mehr möglich ist, auf Erstattung des Werths [60]). Jedoch ist hier ein Unterschied zu machen, ob die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, oder ob sie sonst durch die Handlung des Beklagten in einen solchen Zustand gerathen ist, wo es nicht mehr in der Gewalt desselben steht, die Sache in Natur zu restituiren. Im ersten Falle muß der Beklagte absolvirt werden. Denn für den Zufall darf er nicht haften, so lange ihm kein Verzug zur Last fällt [61]). Es heißt hier: *Res perit ei, cui debetur* [62]). In dem letztern Falle hingegen restituirt er, was er von dem Empfangenen noch besitzt [63]). Hat er also die Sache bona fide verkauft, so giebt er das dafür erhaltene Kaufgeld zurück, soweit er noch dadurch bereichert ist, wenn er auch die Sache noch so wohlfeil verkauft haben sollte [64]). Hat er die Sache verschenkt, oder den indebite erhaltenen Sklaven manumittirt, so vergütet er nichts, ausser soweit er etwa durch die

59) *L. 7. D. h. t. L. 15. pr. L. 26. §. 12.* verb. Utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico; *L. 65. §. 5. D. h. t.*

60) *L. 26. §. 12. L. 65 §. 5. D. h. t.*

61) DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XIV. cap. 18. sagt: *Re amissa casu, aut deteriore facta, quod quidem sine mora accipientis contigerit, detrimentum dantis est, non accipientis.*

62) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b.

63) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIIX. §. 44.

64) *L. 26. §. 12. D. h. t.* Verb. Dedi hominem indebitum, et hunc sine fraude *modico* distraxisti, *nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.*

die Dienste des letztern Etwas gewonnen haben sollte [65]). Denn weil das Eigenthum auf ihn übertragen war, so konnte er auch als Eigenthümer mit der Sache nach seinem Gefallen schalten [66]). Er war zwar immer zur Restitution verbunden, allein wir setzen hier voraus, daß er die Sache, als eine ihm wirklich gebührende, in gutem Glauben angenommen habe. Aus allem leuchtet also die Wahrheit klar hervor, daß die condictio indebite immer nur insoweit begründet sey, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet. **Franz Duaren** [67]) kann diese Wahrheit, ihrer wichtigen Folgen wegen, nicht tief genug einprägen. Sed hic notandum est, sagt er: quod est observatione dignum, eum, a quo condicitur indebitum, eatenus damnari, quatenus sit factus locupletior. Nam si appareat, eum nihilo magis locupletiorem factum esse ex eo, quod solutum est, non condicetur ei solutum, licet indebitum solutum sit per errorem. Es läßt sich daher nicht füglich behaupten, wenn **Hellfeld** sagt, die condictio indebiti concurrire mit der condictione furtiva, wenn der Empfänger wissentlich die Nichtschuld annahm. Eine solche Concurrenz läßt sich auch aus der angeführten *L. 18. D. de condict. furtiva* nicht wohl erweisen, wie sich gleich bey näherer Prüfung ergeben wird. **Scävola**, aus dessen *libro IV. Quaestionum* dieses Fragment entlehnt ist, sagt nämlich: Quoniam furtum fit, *cum quis indebitos nummos sciens acceperit*, vi-

L 4 dendum,

65) *L. 65. §. 8. D. h. t.*

66) *L. 21. C. Mandati.* DONELLUS cit. loc. pag. 705.

67) Commentar. in h. Tit. cap. IX. *Operum* p. 916. Man sehe auch VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12.

dendum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat? Ex POMPONIUS *Epistolarum libro 8.* ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit. *Sed altera condictione altera tollitur.* Scävola geht hier von dem Grundsatz aus: derjenige begeht ein furtum, welcher, wohl wissend, daß er nichts zu fordern habe, nichts desto weniger in eigenem Namen von einem Andern eine Zahlung annimmt, der ihn irrigerweise für seinen Gläubiger hielt. Das Eigenthum des Empfangenen geht also nicht auf den falschen Gläubiger über. **Ulpian** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 43. *pr. D. de furtis* sagt: Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quod acceperit, furtum facit, *nec nummi eius fient* [68]. Daß

68) Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar einen Unterschied machen, ob der Zahler von freyen Stücken in der Meinung, daß er schuldig sey, die Zahlung geleistet habe, oder ob er durch den Betrug des falschen Gläubigers erst zur Zahlung verleitet worden sey. Nur in dem letztern Falle soll die wissentliche Annahme einer Nichtschuld ein Diebstahl seyn, aber nicht in dem erstern. So *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 18. D. de condict. furt. mit Bartolus; auch POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. III. Tit. de furtis Nr. XXIII. not. k. pag. 402. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 22. Ja andere erfordern sogar, daß der falsche Gläubiger den Namen des wahren Gläubigers angenommen haben müsse, wie z. B. *Barthol.* CHESIUS Interpretation iuris Lib. I. cap. 37. nr. 15. sqq. In *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. II. pag. 194.). Allein wie wenig dieser Unterschied gegründet sey, erhellet aus folgenden Gesetzstellen. *L.* 21. §. 1. *L.* 44. §. 1. *D. de furt.* *L.* 38. §. 1. *D. de Solution.* Die *L.* 80. §. 6. *D. de furt.* kann uns nicht entgegen stehen, da sie blos von einem falsus procurator redet.

daß also die condictio furtiva begründet sey, leidet keinen Zweifel. Nun entstand aber die Frage, wenn mein Procurator aus Irrthum die Zahlung mit seinem Gelde für mich geleistet hatte, wem die condictio zustehe? Natürlich war es wohl, daß sie nur dem Eigenthümer zustehen könne, und dieser ist mein Bevollmächtigter [69]). Denn dieser ist eigentlich der Bestohlne. Nur er allein ist also zur condictio furtiva berechtiget, nicht ich, wenn gleich die Zahlung für mich geschehen ist. Wie aber, wenn ich die geschehene Zahlung genehmige? Auch diese Ratihabition berechtiget mich an sich noch nicht zur condictio furtiva. Sie kann mich zwar zur Entschädigung meines Bevollmächtigten verpflichten, aber nicht zum Eigenthümer machen. Meine Genehmigung hat indessen doch die Wirkung, daß ich nun selbst condictione indebiti gegen den falschen Gläubiger klagen kann. Klagt hingegen mein Procurator wegen der Genehmigung der geleisteten Zahlung gegen mich auf Schadloshaltung [70]), so kann ich ihn durch die exceptio doli mali nöthigen, daß er mir seine condictio furtiva cedire. Allein ohne Cession kann ich gegen den falschen Gläubiger nur mit der condictione indebiti klagen. Daß diese in den Worten: *sed et me condicere*, gemeint sey, erhellet

L 5 aus

redet. Beyde Meinungen hat ausführlich widerlegt *Ioan.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Libros Quaestionum Q. Cervidii Scaevolae. Tractat. IV. ad L. 18. D. de condict. furt. §. 6. sqq. (in MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. p. 420. sq.)

69) *L. 1. D. de cond. furt.* In furtiva re *soli domino* condictio competit.

70) Die Ratihabition begründet nämlich die *actionem mandati*, weil sie einer Bevollmächtigung gleichgeachtet wird. *L. 12. §. 4. D. de Solution.*

aus der L. 80. §. *ult.* D. *de furt.* wo Papinian sagt: Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit, *et Titius ratum habuit:* non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit, nata est; *cum Titii nummorum dominium non fuerit, neque possessio.* Sed CONDICTIONEM INDEBITI quidem Titius habebit; FURTIVAM autem, *qui pecuniam dedit:* quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, *arbitrio iudicis ei praestabitur.* Beyden zugleich kann also die condictio furtiva eben so wenig zustehen, als es möglich wäre, daß Zweyen das Eigenthum an einer und derselben Sache in solidum zustehen könnte, wie Anton Faber [71]) sehr richtig bemerkt hat. Hier entsteht nun aber die Schwierigkeit, wie die condictio indebiti Statt haben könne, da diese auf Seiten des Beklagten eine Uebertragung des Eigenthums voraussetzt, welche aber hier nicht angenommen werden kann? Anton Faber hat sich hierauf nicht eingelassen. Allein Johann Altamiranus [72]) sucht diese Schwierigkeit auf folgende Art zu lösen. *Ego sic rem hanc explicari posse existimabam, si dicam, non esse necessarium, ut indebiti condictio competat, dominium translatum esse in illum, cui indebitum datum est, si ille, qui petit, recte possit intendere, rem sibi dari oportere; ideo enim vel dominium, vel possessionem translatam, ut indebiti condictio competat, iura requirunt, quia ille, qui petit, non aliter intendere potest, sibi dari*

71) Rational. in Pand. ad L. 18. D. de condict. furt.

72) Commentar. ad Quaest. Scaevolae Tract. IV. ad L. 18. cit. Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 422.

dari oportere [73]). *Quodsi ille, qui condicit, rei solutae dominus non erat, neque possessor, recte, etsi, qui accepit, dominus non fiat, condicere potest, ut sibi res reddatur, si aliquo iure, qui accepit, sibi obligatus est; quod evenit in proposito. Pone, quod cum procurator meus suos nummos indebite solverit scienter accipienti, ego ratum habui, qua ratihabitione, quia mandato comparatur, mandati iudicio procuratori teneor, et perinde habetur, ac si ego solvissem: unde etsi tu, quia scienter accepisti, et furtum commisisti, dominus factus non sis pecuniae solutae: ego tunc recte intendere possum, ut rem, quae apud te est sine causa, mihi restituas; perinde enim mihi teneris, ac si ego solvissem, propter ratihabitionem: quod cum furtiva condictione repetere non possim, quia mihi furtum factum non est, saltim indebiti condictio accommodabitur, quia aequitas suggerit, ut res, quae mihi abest, quia procuratori mandati iudicio teneor, apud te sine causa non sit* [74]). So wenig nun auch diese Auflösung befriediget, so erhellet doch wenigstens soviel aus allem klar, daß wenn nur dem Eigenthümer des Geldes die condictio furtiva, mir aber wegen der Genehmigung die condictio indebiti zusteht, von einer Concurrenz dieser Klagen gar keine Rede seyn könne. Es würde auch eine solche Concurrenz einen offenbaren Widerspruch enthalten, da die condictio furtiva dem Eigenthümer, und die condictio indebiti dem Nichteigenthümer zusteht [75]). Daher kann wohl die condictio indebiti, zu welcher ich in dem vorliegenden Falle berechtiget bin, keine andere, als die con-

73) §. 14. *I. de Actionib.*

74) *L. 14. L. 66. D. h. t.*

75) CLUDIUS de condictione furtiva Cap. 5. nr. 7.

condictio incerti seyn, welche in einem solchen Falle, da weder dem Kläger, noch dem Beklagten, das Eigenthum der zu condicirenden Sache zusteht; nur auf den Besitz der Sache geht [76]). Bey dieser condictio incerti, welche keine Uebertragung des Eigenthums erfodert, ist es denn auch, wie schon oben bemerkt worden, gleichviel, ob der Beklagte in bona, oder mala fide ist [77]). Wie wenig sich aber behaupten läßt, daß die condictio indebiti mit der condictione furtiva in dem Falle concurrire, da der Empfänger der Nichtschuld in mala fide ist, erhellet noch besonders aus folgender Gesetzstelle. Paulus sagt *L.* 14. *D. de condict. causa data, causa non secut.* Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum á procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit: sed ipse dominus tenetur, ut IULIANUS scribit. Quodsi dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur. Non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente:

76) *Arg. L.* 15. §. 1. *D. h. t.* Sed et si nummi alieni dati sunt, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans, possessionem me tibi debere alicuius rei, tradidissem, condicerem.

77) Man führt zwar noch verschiedene Stellen an, woraus man beweisen will, daß es auch bey der condictione indebiti certi nicht darauf ankommen soll, ob der Empfänger in bona oder mala fide sey; als *L.* 37. und *L.* 65. §. 8. *D. h. t.* Allein diese Stellen sind schon oben erklärt worden. Vergleiche §. 827. not. 61. S. 74. auch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I h. t. Nr. XLVI. not. f. pag. 377.

dente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator; cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse. Es ist hier von dem Falle die Rede, da man aus Irrthum an einen falschen Sachwalter eine Nichtschuld bezahlt hat. Hier sind zwey Fälle zu entscheiden. Der Principal, in dessen Namen der Procurator die Zahlung annahm, hat entweder diese Handlung genehmiget. Hier haftet er, als ob ihm selbst die Zahlung geschehen wäre. Oder es ist keine Ratihabition erfolgt. Hier muß der falsche Sachwalter belangt werden. In Ansehung der Klage aber kommt es darauf an, ob sich der Procurator durch Annahme des Geldes in der Absicht, sich dasselbe zuzueignen, eines Diebstahls schuldig gemacht hat, oder nicht. In dem letzten Fall ist das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, und es kann gegen ihn die *condictio indebiti* [78]), oder, wenn die Zahlung unter der Bedingung geschahe, dafern die Ratihabition erfolgen würde, auch die *condictio causa data causa non secuta* auf Zurückgabe desselben angestellt werden. In dem ersten Falle hingegen hat die *actio furti* auf das Doppelte, oder die *condictio furtiva* Statt, weil hier das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergegangen ist. Es ist also auch hier von keiner Concurrenz der condictio indebiti oder condictio causa data causa non secuta mit der condictione furtiva, sondern von ganz verschiedenen Fällen die Rede, wie Anton Faber [79]) und Pothier [80]) auch sehr gründlich bemerkt haben.

c) Ist

78) *L. 6. §. 1. et 2 D. h. t.*

79) Rational. in Pand. ad L. 14. cit. *Ant.* FABER behauptet daher mit Recht, daß die Worte: *vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator*, disiunctive zu verstehen seyen, und statt

cum

c) Ist eine Geldschuld in Waaren bezahlt, oder ein Grundstück an Zahlungs Statt gegeben worden; und beydes ist von größerm Werth, weil der Schuldner die Schuld aus Irrthum für größer hielt, als sie wirklich betrug; so kann in jenem Falle nur der Ueberschuß an Waaren; im letztern aber das ganze Grundstück zurückgefordert werden. Denn eine theilweise Restitution des letztern würde sonst den Kläger in die unangenehme Nothwendigkeit einer Gemeinschaft mit dem Beklagten versetzen, wozu doch Niemand genöthiget werden soll. Hier bleibt also die vorige Schuld, jedoch braucht der Gläubiger das Grundstück nicht eher zurückzugeben, als bis er wegen seiner Forderung befriediget ist. Ulpian hat diesen Fall *L.* 26. §. 4. *et* 5. *D. h. t.* entschieden. Es heißt daselbst: Si *centum* debens, quasi *ducenta* deberem, *fundum ducentorum* solvi: competere repetitionem MARCELLUS *libro* 20. *Digestorum* scribit, et centum manere stipulationem. Licet enim placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia: *nemo enim invitus compellitur ad communionem.* Sed et condictio integrae rei manet, et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur. Idem MARCELLUS ait, si *pecuniam* debens, *oleum* dederit *pluris pretii*, quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum debens

cum quo vielmehr mit Haloander *cum* EO *non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse*, zu lesen sey.

80) Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XII. Tit. 4. Nr. II. not. c. p. 362.

bens: superfluum olei esse repetendum, non totum; et ob hoc peremtam esse obligationem.

d) Ist eine Wohnung indebite gegeben worden, so muß sie zu Gelde angeschlagen, und zwar nach dem Preise berechnet werden, um welchen sie der Beklagte gemiethet, nicht aber um welchen sie der Kläger vermiethet haben würde. Dies lehrt Paulus *L.* 65. §. 7. *D. h. t.* wo er sagt: Habitatione data, pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses. Der Grund hiervon ist, wie Anton Faber [81]) sagt, weil die condictio indebiti nicht auf das Interesse des Klägers, sondern blos auf Herausgabe desjenigen geht, was der Beklagte durch das indebitum gewonnen hat. Nun befindet sich hier der Beklagte durch die genossene Habitation nur insoweit reicher, als er unterdessen das Miethgeld erspart hat. In tantum enim locupletior es, sagt auch Pothier [82]), in quantum pecuniae tuae pepercisti.

e) Die Früchte müssen nicht blos von Zeit der erhobenen Klage an, sondern nach der gesetzlichen Natur der Condictionen, von der Zeit an zurückgegeben werden, da der Beklagte die condicirte Sache erhalten hatte, soweit er nämlich dieselben noch besitzt [83]). Paulus sagt *L.* 15. *pr. D. h. t.* Immo et *fructus*, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem venient; und *L.* 38. §. 2. *D. de Usur.* heißt es: Item si indebitum fundum solvi,

81) Rational. in Pand. ad h. L. 65. §. 7. h. t.

82) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. e. pag. 377.

83) *Hug.* DONELLUS in Commentar. Iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. pag. 706. und VINNIUS in Comment. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4.

solvi, et repeto, *fructus* quoque repetere debeo. Jedoch können die Unkosten abgerechnet werden, wie eben dieser Paulus *L.* 65. §. 5. *D. h. t.* bemerkt, wo er sagt: Ei, qui indebitum repetit, et *fructus* et *partus* restitui debent, *deducta impensa.* Warum aber die Früchte zurückgefordert werden können, und nicht auch Zinsen, da doch nach *L.* 34. *D. de Usuris* Zinsen die Stelle von Früchten vertreten, und beyde nicht von einander abgesondert werden sollen, hat einen ganz natürlichen Grund. Denn Früchte sind der natürliche Zuwachs einer Sache. Diese würden also dem Kläger gewiß zugefallen seyn, wenn er seine Sache behalten hätte. Allein Zinsen werden aus einer an sich unfruchtbaren Sache hervorgebracht. Sie entstehen nicht aus der Natur des Geldes. Denn das hat keine productive Kraft; sondern sie werden durch positive Bestimmungen des Rechts bezogen. *Usura* non natura pervenit, sagt Papinian *L.* 62. *pr. D. de rei vindicat.* sed iure percipitur [84]). Es ist also nicht gewiß, daß der Kläger Zinsen würde erhoben haben, wenn er auch sein Geld behalten hätte. Wenn daher dem Kläger die Früchte der Sache aus dem Grunde zugesprochen werden, weil er sie ja selbst erhalten hätte, wofern die Sache in seinem Besitz geblieben wäre; so läßt sich dieser Grund nicht mit gleicher Stärke dazu gebrauchen, den Beklagten auch in die Zinsen zu verurtheilen [85]. Mag es nun auch gleich nach der angeführten

L. 34.

84) Man sehe auch *L.* 121. *D. de Verb. Signif.*

85) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XI. Err. 1. IDEM Coniecturar. iur. civ. Lib. XV. c. 1. *Ger.* NOODT Tr. de foenore et usuris Lib. III. cap. 12.

L. 34. D. de Usuris wahr seyn, daß in vielen Fällen, z. B. bey den Vermächtnissen und Fideicommissen, der actio tutelae, und den übrigen actionibus bonae fidei die Zinsen mit den Früchten gleiche Rechte haben; so kann doch wenigstens alsdann von dieser Verordnung kein Gebrauch gemacht werden, wenn die Gesetze bey gewissen Klagen, wie z. B. bey den Condictionen, nach der besondern Natur derselben, die Zinsen ausdrücklich ausschließen [86]).

Noch ist zu bemerken, 1) wenn Jemand im Namen eines Andern, z. B. als desselben Mandatar, eine Nichtschuld bezahlt, und diese der Empfänger in gutem Glauben angenommen hat; so kommt die condictio indebiti nicht dem Mandatar, sondern seinem Principal zu, für den er die Zahlung geleistet hat [87]); und es kommt hier nicht darauf an, ob der Bevollmächtigte mit seinen oder mit seines Principals Geldern bezahlt hat [88]). Es ahmt also auch hierin die condictio indebiti die Darlehnsklage nach [89]). Man setzt aber freylich voraus, daß der Bevollmächtigte zur

86) S. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Betr. S. 9. ff. Man vergleiche auch den 8. Th. dieses Commentars §. 591. S. 297.

87) *L. 6. Cod. h. t.* Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem *pro alio* solvisti, et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cuius nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

88) *L. 46. L. 53. D. h. t.* S. *Iust.* MEIERI Ἐνδοξῶν Iustinianeor. Dec. IV. Cap. 6.

89) *L. 2. §. 4. L. 9. §. 8. D. de reb. credit. L. 2 Cod. per quas pers. nobis acquir.* S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. S. 18. ff.

zur Zahlung den Auftrag gehabt habe, oder die Zahlung wenigstens nachher von seinem Principal genehmiget worden sey [90]). Denn ist weder das eine noch das andere geschehen, so kann der Mandatar selbst die condictionem indebiti anstellen [91]). Weil jedoch die Condiction dem Bevollmächtigten hier gegen die Regel des strengen Rechts bloß der Billigkeit wegen gestattet wird, damit er nicht in Schaden gerathe, so wird diese Klage eine *condictio indebiti utilis* genennt. So sagt Pothier [92]): Hoc casu *utili actione* procurator repetet. Alioquin in damno versaretur, cum a domino, qui hanc solutionem ratam non habet, non possit repetere, quod eius nomine solvit: nec enim mandato contineri intelligitur, ut id, quod indebitum est, solvat.

Eben dies gilt auch 2) in dem Falle, wenn ein Vormund im Namen seines Pupillen eine Nichtschuld bezahlt hat. Hier kann eigentlich der Vormund die condictionem indebiti nicht in eigenem Namen anstellen, er mag mit seinem oder mit des Pupillen Gelde bezahlt haben. In der *L. 6. §. ult. D. h. t.* heißt es ausdrücklich: IULIANUS ait, neque *tutorem*, neque procuratorem solventes *repetere posse*: neque interesse, *suam pecuniam*, an *pupilli* vel domini solvant. Dem Pupillen steht also eigentlich die condictio zu, wie Papinian lehrt *L. 57. pr. D. h. t.* Cum indebitum *impuberis nomine* tutor numeravit, *impuberis* con-

90) S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8.

91) *L. 6. pr. D. h. t.* Si procurator tuus indebitum solverit, *et tu ratum non habeas*, posse repeti, LABEO *libris Posteriorum* scripsit.

92) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXVIII. not. i. p. 375.

condictio est. Nur dann, wenn der Vormund das Bezahlte in der Vormundschaftsrechnung nicht in Ausgabe gebracht hätte, kann er selbst und in eigenem Namen klagen. So entscheidet Scävola *L. 67. §. 1. D. h. t.* Tutor creditori pupilli sui plus, quam debebatur, exsolvit, *et tutelae iudicio pupillo non imputavit;* Quaero, an *repetitionem* adversus creditorem haberet? Respondit, *habere.*

3) Hat Jemand aus Irrthum eine Nichtschuld versprochen, und der dafür bestellte Bürge für den Promittenten aus gleichem Irrthume bezahlt; so kommt es darauf an, ob der Bürge im Namen des Promittenten, oder im eigenem Namen die Zahlung geleistet hat. In dem ersten Falle stellt der Promittent die condictionem indebiti gegen den Empfänger der Nichtschuld an, weil die Zahlung in seinem Namen geschehen ist. Der Bürge hingegen hält sich ex causa mandati an den Promittenten. Eine besondere Genehmigung wird von Seiten des letztern nicht erfordert. Denn wenn ich Jemanden den Auftrag gebe, für mich Bürgschaft zu leisten, so liegt darin auch schon implicite eine Bevollmächtigung zur Zahlung. In dem letztern Falle hingegen klagt der Bürge gegen den Empfänger der Nichtschuld. Hat er aber das Ganze nicht zurückerhalten können, so bleibt ihm unbenommen, mit der actione mandati seinen Regreß gegen den Promittenten zu nehmen. Er muß nur von dem Grunde der Nichtschuld keine Wissenschaft gehabt haben, weil es ihm sonst zur Last fallen würde, daß er Zahlung geleistet hätte. Dieß ist der Sinn folgenden merkwürdigen Fragments aus des Celsus *Libro 6. Digestorum*, welches *L. 47. D. h. t.* so lautet:

 Inde-

indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, qui pro te fideiusserat, solvit: Ego existimo, si *nomine tuo* solverit fideiussori, *te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore*. Nec exspectandum est, *ut ratum habeas*: quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur. Sin autem fideiussor *suo nomine* solverit, quod non debebat, *ipsum a stipulatore repetere posse*: quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit. Quo minus autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te *mandati iudicio* consecuturum; si modo, per ignorantiam, petentem exceptione non summoverit. Von dem letztern Falle, da der Bürge in eigenem Namen Zahlung geleistet hat, ist auch das Gutachten Afrikans *L*. 38. §. 3. *D. h. t.* zu verstehen: Legati satis accepi; et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit, indebitum fuisse legatum; posse eum repetere existimavit, wie Pothier [93]) sehr richtig bemerkt hat. Warum es aber in diesem Falle anders sey, als in jenem, wo der Bürge im Namen des vermeintlichen Schuldners bezahlt hat, erklärt Anton Faber [94]) auf folgende Art sehr gründlich: Quoties de indebiti condictione quaeritur, illud maxime inspiciendum est, non tam a quo, *quam cuius nomine solutum sit*. Nam quemadmodum, si veri debiti caussa praecederet, per solutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine solutum esset, non solvens ipse, qui nihil deberet; ita liberatione nulla subsequente, quia nulla praecessit obligatio, condictionem ei competere dicendum est, qui ea solutione liberaretur, si qua

93) Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXVII. in fin. pag. 378.

94) Rational. in Pand. ad L. 47. D. h. t.

quia obligatio praecessisset. Id enim consequens est ei, quod dicitur, *solutionem, quae non parit liberationem, non parere condictionem, et contra* 95). Cui ergo alii acquiratur condictio, quam ei, cui esset acquisita liberatio, si solutum debitum fuisset? Atqui non alii acquiri potuit liberatio, quam vero debitori, cujus nomine facta solutio fuisset, ergo nec alii acquiri condictio potest. Igitur et fideiussor sibi parat condictionem, qui *suo nomine* solvit, quia et is liberaretur, si pro quantitate debita fideiussisset, et haberet reum debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamvis eadem solutione et debitor ipse liberaretur. Sed non quemadmodum liberatio communis est reo et fideiussori ex solutione, quam alteruter eorum fecerit 96), ita et condictio utrique communis esse potest: idcirco enim liberatio communis utrique est, quia licet duplex sit obligatio, una rei, altera fideiussoris, utriusque tamen una et eadem causa est, quae unica solutione tollitur. *At cum nulla praecessit obligatio, nihil est, quod communem utrique acquirere possit condictionem, sed illud necessario inspiciendum est, cujus nomine solutio facta sit, quae distinctio in hoc tractatu sicut praecipua, ita perpetua est.*

Endlich 4) wenn von zwey Correalschuldnern jeder aus Irrthum das Ganze bezahlt hätte; so haben entweder beyde zu gleicher Zeit gezahlt, oder zu verschiedenen Zeiten. Im ersten Falle ist jeder die Hälfte dessen, was er bezahlt hat, zurückzufordern befugt. Si duo rei, sagt Pomponius

95) *L. 26. §. 4. et §. 13. L. 32. §. 1. et L. 63. D. h. t. L. 34. §. ult. D. de Solution.*

96) §. 1. *I. Quib. mod. toll. obligat.*

nius *L.* 19. §. 4. *D. h. t.* qui decem debebant, viginti *pariter* solverint: CELSUS ait, singulos quina repetituros: quia, cum decem deberent, viginti solvissent: et quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt. Eben dies gilt auch in dem Falle, wenn der Hauptschuldner und sein Bürge zu gleicher Zeit die Schuld ganz bezahlt haben, wie aus *L.* 20. *D. eodem.* erhellet, wo Julian sagt: Si reus et fideiussor solverint *pariter*, in hac causa non differunt a duobus reis promittendi: quare omnia, quae de his dicta sunt, et ad hos transferre licebit. In dem andern Falle hingegen kommt die condictio indebiti demjenigen zu, welcher zuletzt zahlte; weil dieser allein die Nichtschuld bezahlt hat. Eben dies gilt auch dann, wen mehrere Bürgen des Hauptschuldners zu verschiedenen Zeiten mit demselben in zertheilten Posten, in der Summe aber mehr, als den Betrag der Schuld, bezahlt haben. Hier macht die letztere Post, soweit sie den Betrag der schuldigen Summe übersteigt, den Gegenstand der Rückforderung aus. Ulpian giebt diese Entscheidung *L.* 25. *D. h. t.* in folgendem Falle: Cum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria solvisset, et postea fideiussores quina, placuit eum, *qui posterior solvit, repetere tria posse.* Hoc merito, quia tribus a reo solutis, septem sola debita supererant: quibus persolutis, *tria indebita soluta sunt* [97]).

97) S. *Fr.* DVARENI Comm. ad h. Tit. cap. 8. *Oper.* p. 914. und *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 19. §. 4. D. h. t.

Lib. XII.

De condictione sine causa.

§. 836.

Begriff. Condictio sine causa generalis und specialis. Certi und incerti.

Die *condictio sine causa* [98]) hat dies mit allen den Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, gemein, daß sie dem Nichteigenthümer gegen denjenigen zusteht, auf den die Sache des Klägers eigenthümlich übertragen worden ist. Sie findet daher nicht Statt, wenn dem Kläger sein Eigenthumsrecht unverändert verblieben ist, und daher die Reivindication angestellt werden kann. Ulpian sagt ausdrücklich *L. ult. in fin. D. de usufr. quemadmod. caveat*, die condictio sine causa concurrire nicht mit der Reivindication, *quia nemo rem suam, nisi furi, condicere possit.* Man sieht es auch daraus, wenn eine Schenkung unter Ehegatten revocirt wird, so wird immer in den Gesetzen [99]) der Unterschied gemacht, ob die geschenkte Sache

98) *Alb.* STERN Diss. de condictionis sine causa fundamento et usu, praes. *Nicol.* PRAGEMANN def. *Ienae 1718.* und *Frid. Ulr.* PESTEL Diss. de condictione sine causa. *Rintelii 1726.*

99) *L. 5. §. fin. verb. L. 6. L. 33. §. 1. L. 39. L. 48. D. de donat. inter viro et uxor.*

che noch in Natur vorhanden, oder consumirt ist, jedoch so, daß sich der beschenkte Ehegatte dadurch reicher befindet. In dem ersten Falle wird dem Schenker die rei vindicatio, in dem andern aber die condictio sine causa gestattet. Ganz recht sagt daher Cujaz[100]): Nunquam recurritur ad condictionem sine causa, nisi cum rei vindicatio cessat.

Es ist ferner zu bemerken, daß zwar in allen den Fällen, in welchen die condictio causa data causa non secuta [z]), ferner die condictio ob turpem vel iniustam causam [a]), und die condictio indebiti [b]) Statt hat, mit Recht gesagt werden kann, der Beklagte besitze das, was von ihm zurückgefordert wird, sine causa, oder non ex iusta causa, d. i. ohne einen gültigen Rechtsgrund [4]). Allein die Condictio sine causa, von welcher wir hier reden, wird nur dann begründet, wenn sonst keine der bisher genannten Condictionen Statt findet [5]). Sie ist also in [illegible] [illegible] gewis [illegible]

[illegible]

100) Tractat. II. ad Africanum ad L. [illegible] D. de rebus credit. [illegible]

z) L. 10. D. de condict. caus. data caus. non secuta. L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.

a) L. 6. D. de condict. ob turp. v. iniust. caus. S. MÜLLER ad Struvium Exercitat. XVIII. Thes. 19. not. α.

b) L. 66. D. de condict. indeb. L. 1. pr. et §. 2. D. h. t. L. 3. D. eodem.

4) Das Wort *Causa* bezeichnet hier, wie HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. sagt, negotium habile ad obligationem producendam.

5) S. CUJACII Tract. II. ad African. l. c. Ohne Grund tadelt ihn deshalb *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. XLIV. Th. 10. Man sehe auch THIBAUT Syst. d. P. R. 2. B. §. 986.

[illegible] Es ist diejenige persönliche Klage, wodurch eine Sache, welche zwar auf den Beklagten eigenthümlich, jedoch entweder ohne einen anfänglich gültigen, oder ohne einen fortdauernden Rechtsgrund übertragen worden ist, mit Früchten und Accessionen, oder ohne dieselben, in einem solchen Falle zurückgefordert wird, wo der Kläger deshalb weder die Eigenthumsklage, noch sonst eine der übrigen bisher genannten Condictionen anstellen kann [69]).

Nach der gewöhnlichen Theorie pflegt man jedoch die *Condictionem sine causa* in *generalem* und *specialem* einzutheilen, und daher mit dieser Klage einen noch ausgedehnteren Begriff zu verbinden. Man sagt nämlich die *Condictio sine causa* werde im weitern Sinne diejenige persönliche Klage genannt, wodurch man von dem Andern etwas zurückfordert, was derselbe mit Recht nicht behalten, oder geltend machen kann, ohne sich unbilliger Weise mit unserm

69) Wenn Westphal in seinen Rechtsgutachten 1. Th. n. 1. [illegible] S. 80. sagt: „*Condictio sine causa* wird gebraucht, wo der andere Theil mit unserm Schaden sich bereichern würde, wenn er uns nicht entschädigte, ob er gleich von Anfange das Eigenthum unserer Sachen erlangt, welches er aber entweder schon da mit unserm Schaden zum unbilligen Gewinn gehabt, oder wenigstens in der Folge dergestalt behalten würde; so fehlt es diesem Begriff, so wie den meisten, an gehöriger Präcision. Unrichtig aber ist es, wenn LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 2. sagt: Est autem *Condictio sine causa* actio personalis, qua quis repetit *rem ad se pertinentem*, et apud alium sine causa existentem; obwohl *Jac. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Diss. VII. Cap. [illegible] und MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVIII. Th. [illegible] diesen Begriff auch zu dem ihrigen gemacht haben.

unsern Schaden zu bereichern. Diese theilt man denn in *condictionem sine causa generalem* und *specialem* ein, so ferne sie entweder alle übrigen Condictionen continuirt, oder in einem solchen Falle angestellet wird, wo sonst keine der übrigen Condictionen Statt findet 7). Die Stellen, welche hierher gehören, lauten so:

L. 1. *pr. D. h. t.* Est et haec species condictionis, si quis *sine causa* promiserit, vel si solverit quis *indebitum*. Qui autem promisit *sine causa*, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Allein hier ist eigentlich von der *condictione indebiti* die Rede. Daß der Empfänger das ihm aus Irrthum Gegebene sine causa besitzt, ist außer Zweifel; daß aber die *Condictio sine causa* deswegen Statt finde, wird nicht gesagt.

L. 1. §. 1. *D. eodem.* Sed et si ob causam promisit, *causa tamen secuta non est*, dicendum est, *condictionem* locum habere.

Hier ist von der *condictione causa data causa non secuta* die Rede.

L. 1. §. 2. *D. eod.* Sive ab initio *sine causa* promissum est, sive fuit *causa promittendi*, quae *finita*, vel *secuta non est*, dicendum est, *condictioni* locum fore.

Diese

7) Voet. in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4002. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. §. 489. Schmidt theor. prakt. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1274.

Diese Stelle paßt auf alle bisher genannte Arten der Condictionen; aber auch auf die condictio sine causa. Eben so auch

L. 1. §. 3. *D. eodem.* Constat id demum posse condici alicui, quod vel *non ex iusta causa* ad eum pervenit, vel redit ad *non iustam causam.*

Die *Condictio sine causa* findet nun besonders in folgenden drey Fällen Statt.

I. Wenn das Geschäft, wodurch der Beklagte dasjenige, was von ihm zurückgefordert wird, erhielt, an sich nichtig ist, und daher von Anfang an kein gültiger Rechtsgrund vorhanden war. Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß dem Kläger nicht der Einwand entgegen stehe, er habe wissentlich wider die Gesetze gezahlt, oder die Sache freywillig dem Beklagten übergeben [8]). Denn hier kann man eigentlich das Gegebene von dem Empfänger nicht zurückfordern, wenn nicht gesetzliche Vorschriften in einzelnen Fällen eine Ausnahme machen [9]). Hieher gehören folgende Fälle.

a) Wenn der Beklagte das, was von ihm zurückgefordert wird, durch ein verbotenes Spiel erhielt. Eine besondere *Condictio ex L.* 3. *Cod. de aleator.* hier anzunehmen,

8) *L.* 18. *pr. D. de reb. cred.* S. THIBAUT Syst. des P. R. 2 B. §. 986.

9) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 75—77. THIBAUT Syst. 1. B. §. 82. Ich habe davon in dem vorigen Titel §. 834. S. 124. ff. ausführlicher gehandelt.

nehmen, wie viele 10) wollen, ist daher unnöthig, weil es in dem Gesetz heißt: *et competentibus actionibus repetatur*. Eine andere Condiction, als die *condictio sine causa*, läßt sich nicht füglich anwenden 11). Denn der *condictioni indebiti* würde entgegen stehen, daß das Spielgeld wissentlich und nicht aus einem Irrthum gegeben worden. Nun sagt Pomponius *L. 50. D. de cond. indeb.* Quod quis sciens indebitum dedit, hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest. Die *condictio ob turpem vel injustam causam* aber würde darum nicht Statt finden, weil diese, nach *L. 8. D. de cond. ob turp. caus.* wegfällt, ubi et dantis et accipientis turpis causa sit 12).

b) Wenn ein Heurathsgut in einem solchen Falle gegeben worden, wo die Ehe durchaus nichtig ist. Denn zwischen Personen, denen die Gesetze die Ehe schlechterdings verbieten, kann natürlich das Versprechen eines Brautschatzes nicht verbindlich seyn. Aus eben dem Grunde sollte denn aber auch die Zurückforderung des Gegebenen, den Fall des Irrthums abgerechnet, nicht Statt finden. Allein die Gesetze machen auch hier eine Ausnahme, und gestatten eine Condictio sine causa. Merkwürdig ist folgendes Gutachten des Papinian.

10) S. *Jo. Lud.* LANGGUTH Exercitat. super usu condictionis lusu perditi ex L. ult. Cod. de aleator. *Lipsiae 1762.* und *Christ. Frid.* POHL Progr. de condictione lusu perditi ex L. ult. C. de Aleator. in *Gust. Bened. Henr.* HAENEL Diss. inaug. de natura delictorum. *Lipsiae 1809.*

11) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden. §. 1374. not. m. S. 948.

12) Vergl. POHL cit. Progr. p. 11. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

L. ult. D. h. t. Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit; an eandem repetere possit, quaesitum est? Dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem; et in delicto pari potiorem esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, *non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse: cum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret.* Non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse.

§. 1. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. Cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur: *atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit* [13]).

Es

13) THOMASIUS in Schol. ad HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. glaubt, Papinian rede hier nicht von der condictione sine causa, sondern von der condictione ob turpem causam. Allein man erwäge nur Papinians Gründe, so widerlegt sich diese Meinung von selbst. Sehr treffend hat sie Huber abgefertiget, wenn er in seiner *Responsio* sagt: Ponamus in conspectu petitionem mulieris. Si condictionem ex turpi causa moveat, hoc modo agere debet: *Quando tibi avunculo seu vitrico meo dedi dotem, et matrimonium inter nos turpe foret, peto ut reddas, quod turpiter accepisti.* Valde fallor, si PAPINIANUS non neget, hoc modo agi posse. Vult in hunc modum agi: *Quando tibi vitrico dotem dedi, et matrimonium inter nos sequi non potest, ac ideo dos sine causa penes te residet, peto, ut eam mihi restituas,* — Non potest mulier sano iuris sensu turpitudinem dationis urgere contra accipientem, et ab

Es würde in der That etwas leichtes seyn, mit Papinians Argument die ganze Vorschrift der Gesetze, welche in Fällen, wo beyde Theile einen verbotenen Zweck vorhaben, die Zurückforderung verwirft, und welche hier Papinian selbst als einen Zweifelsgrund anführt, in der Anwendung zu vereiteln, wenn es nur darauf ankommt, den nächsten Zweck des Gegebenen bloß als nichtig darzustellen [14]). Allein gerade dies muß uns lehren, daß seine Entscheidung nur auf den einzelnen Fall, wovon er redet, als Ausnahme einzuschränken sey, ausserdem aber es bey der gedachten Regel bleiben müsse, wie auch Weber [15]) hierbey sehr gründlich bemerkt hat.

c) Wenn Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, und daher nicht die Fähigkeit haben, über das Ihrige eigenmächtig zu disponiren, als Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender u. dgl. ohne vormundschaftliche Einwilligung contrahirt, und bezahlt haben. In his personis, sagt Ulpian *L.* 29. *D. de condict. indeb.* generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur.

2) Wird

se amoliti turpitudinem, quae iuri gentium repugnat, ut PAPINIANUS ait in §. *1. L. ult.*

14) Man hat mit Recht dagegen eingewendet, daß der Grund, womit Papinian hier die Zulässigkeit der condictio sine causa rechtfertigen will, zu viel beweise, und daß sein Zweifelsgrund stärker als der Entscheidungsgrund sey. Man sehe jedoch *Ulr.* HUBER Eunom. Roman. ad L. 5. D. h. t. pag. 527. welcher den röm. Juristen vertheidiget, und die Entscheidung desselben noch durch andere Gründe zu unterstützen gesucht hat. Sie beziehen sich indessen auch nur auf den besondern Fall, von dem Papinian redet.

15) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 334. f.

2) Wird zur Begründung der condictio sine causa erfordert, daß die Sache nicht mehr in Natur vorhanden sey, und daher wegen des erloschenen Eigenthums nicht vindicirt werden könne. Denn der Eigenthümer kann seine Sache, außer dem Fall, da sie ihm gestohlen worden, nicht condiciren [16]). Nun ist hier das Eigenthum, aus Mangel eines gültigen Rechtstitels, nicht auf den Empfänger der Sache übergegangen [17]). Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, so ist sie entweder bey dem Empfänger durch Zufall zu Grunde gegangen, oder er hat sie consumirt. Im ersten Falle findet gegen den Empfänger keine Klage weiter Statt. Denn die Gefahr muß derjenige Theil tragen, bey dem das Eigenthum verblieben ist [18]). Nur in dem letzten Fall ist daher die condictio sine causa begründet. Jedoch setzt diese Klage

3) noch voraus, daß der Beklagte das Empfangene bona fide consumirt habe. Denn ist die Consumtion mala fide geschehen, so findet eigentlich die *condictio ob iniustam causam* [19]), oder die *actio ad exhibendum* Statt, mit welcher zugleich alles durch den Eid des Klägers auszumittelnde Interesse gefordert werden kann [20]). Der Unterschied zwischen beyden Fällen besteht vorzüglich darin, daß in

16) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadmod. caveat.*

17) *L. 48. D. de donat. int. vir. et uxor.* Quae iam nuptae maritus donavit, *viri manent*, et potest ea vindicare.

18) *L. 28. pr. L. 50. §. 1. D. eodem.*

19) *L. 3. Cod. de Condict. ex Lege.* S. oben §. 826. S. 68.

20) S. *L. 3. §. 2. D. ad exhibend.* BOEHMERI Doctr. de Actionib. Sect. II. Cap. V. §. 32. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Th. §. 1374.

in dem erstern der Beklagte nur soweit haftet, als er durch die Consumtion sich noch reicher befindet, in dem letztern aber schlechterdings [21]). Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte hinlänglich bestätigen.

L. 23. D. de rebus credit. Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim: *mortuo eo, posse te mihi pretium condicere*, IULIANUS ait, *quasi ex re tua locupletior factus sim.*

Es wird hier von den Auslegern [22]) ein solcher Fall angenommen, wo eine Sache per vindicationem war legirt worden. Hier gieng das Eigenthum nach dem Tode des Testirers recta via auf den wahren Legatar über, auch ohne dessen Wissen [23]). Es konnte also auf mich nicht übertragen werden. Denn der gute Glaube allein, als ob mir die Sache vermacht sey, konnte mich ohne einen gültigen Rechtstitel nicht zum Eigenthümer machen. So lange ich indessen die Sache im Besitz hatte, konnte sie der Erbe mit der condictione indebiti zurückfordern, zwar nicht mit der condictione certi, weil das Eigenthum nicht auf mich war

21) FRACKMANN cit. Diss. de condict. sine causa fundamento §. 13. sqq. und mit ihm Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1378. am Ende verwerffen zwar diesen Unterschied. Allein mit welchem Recht? werden die oben angeführten Gesetzstellen ausweisen.

22) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 23. D. de reb. credit. *Em.* MERILLII Comm. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad cit. L. 23. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. III. pag. 679.)

23) *L. 80. D. de legat. II. L. 64. D. de furtis, L. 3. §. 2. D. de legat. III.*

war übertragen worden, aber doch mit der condictione incerti, welche in einem solchen Falle, da eine fremde Sache indebite gegeben worden ist, nach der Lehre des Paulus *L.* 15. §. 1. *D. de condict. indeb.* auf Restitution des Besitzes geht. Allein ich hatte die Sache verkauft. Gegen den dritten Besitzer hat die Condictio indebiti nicht Statt, sondern hier kommt es darauf an, ob die Sache noch vorhanden ist, oder nicht. Im ersten Falle muß sie der wahre Legatar, als sein Eigenthum, vindiciren, und der Käufer muß ihm die Sache unentgeldlich herausgeben [24]). Gegen mich findet hier kein Anspruch Statt, denn ich habe nicht dolo zu besitzen aufgehört [25]). Nur der Käufer kann im Falle der Entwährung gegen mich seinen Regreß nehmen [26]). In dem letztern Falle hingegen, da die Sache nicht mehr existirt, hafte ich dem Legatar, oder dem Eigenthümer wegen des Werths mit der *condictione sine causa*, soweit ich dadurch bereichert worden bin [27]). Hätte ich die Sache mala fide verkauft, so könnte ich als ein solcher, qui dolo possidere desiit, entweder *actione*

24) *L.* 3. *L.* 23. *Cod. de Rei vindicat.*

25) *L.* 36. *pr. D. de rei vind.*

26) *L.* 11. §. 18. *D. de act. emti. vend.*

27) Fast alle Ausleger sind darin einverstanden, daß hier die *condictio sine causa* gemeint sey, wenn das Gesetz sagt: *posse te mihi pretium condicere.* S. CUJACIUS Tract. II. ad Africanum ad L. 23. D. de reb. cred. MERILLIUS in Commentar. ad eand. L. 23. (in *Thes. Otton.* T. III. pag. 679.) *Guil.* BARCLAIUS in Comment. ad eand. L. (bey OTTO ib. pag 877.) Nur *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 23. cit. nimmt hier eine eigene *condictio ex lege* an, wozu aber kein hinlänglicher Grund vorhanden ist.

actione in rem utili, oder *ad exhibendum* auf Leistung des vollen, durch das iuramentum in litem zu bestimmenden Interesse, belangt werden [28]). Hier käme es denn auch nicht weiter darauf an, ich möchte durch den Verkauf der Sache reicher geworden seyn, oder nicht [29]).

L. 30. pr. D. de action. emti et vend. Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam subripuit, interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait: id est, ipso iure ob id factum minutum esse peculium: eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset: tamen in proposito et retentionem me habiturum, et si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quae dicendum, si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu, ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris, et consumseris, *condictio* eo nomine mihi adversus te competat, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*

Hier ist der Fall, wo ein Sklave, den Jemand mit dem Pekulium von seinem Herrn gekauft hatte, den Verkäufer

28) *L. 36. §. 3. D. de heredit. petit. L. 17. L. 27. §. 3. D. de rei vindicat.*

29) S. CUJACIUS Tract. II. ad African. ad L. 23. D. de reb. credit.

käufer, seinen gewesenen Herrn, bestiehlt. Afrikanus, aus dessen *libro* 8. *Quaestionum* dieses Fragment genommen ist, unterscheidet dabey folgende Fälle.

1) Der Diebstahl ist noch vor der Uebergabe geschehen, und dann ist entweder

a) die gestohlne Sache durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier konnte sich der Verkäufer,

aa) so lange er das Peculium des Sklaven in Händen hatte, durch eine Retention helfen. Denn es wird durch diese Schuld das Pekulium ipso iure vermindert, weil ein Pekulium immer nur nach Abzug der Schulden gerechnet werden darf [30]). Ist auch das Gestohlne nicht mehr da, so bleibt doch die Schuld, weil ein Dieb durch den Untergang der Sache nicht von seiner Verbindlichkeit befreyet wird [31]). Denn auch der Sklave wird immer insoweit wenigstens naturaliter aus einem begangenen Diebstahl verbindlich, als die condictio furtiva gegen einen freyen Menschen Statt findet, wenn dieser einen Diebstahl begangen hätte [32]). Hätte jedoch

bb) der Verkäufer den Sklaven mit dem Pekulium übergeben, und aus Versehen den Werth der gestohlnen Sache abzuziehen vergessen, so würde er doch auch noch in

 diesem

30) *L. 6. et 8. D. de peculio legato.*

31) Semper enim moram fur facere videtur. *L. 8. D. de condict. furt.*

32) Dies ist der Sinn der Worte: *eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus*, wie sie POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XVIII. Tit. 6. Nr. IV. not. c. pag. 509. erklärt hat.

diesem Falle mit der condictione indebiti das Zuvielgegebene wieder zurückfordern können [33]). Nun setze man aber den Fall,

b) der Käufer habe das von dem gekauften Sklaven gestohlne Geld in gutem Glauben, als zum Pekulium gehörig, angenommen, und consumirt. Hier kann der Verkäufer mit der *condictione sine causa* auf Erstattung desselben klagen, weil es der Käufer ohne allen Rechtsgrund erhielt. Ganz anders verhält sich hingegen die Sache,

2) wenn der Sklave den Diebstahl erst nach der Uebergabe begangen hätte. Hier hat entweder gar keine *actio de peculio*, oder die *condictio furtiva* nur insoweit Statt, als durch das Gestohlne das Pekulium bereichert worden ist. Denn ausserdem fanden aus den Verbrechen der Sklaven keine *actiones de peculio* Statt, wohl aber Noxalklagen [34]).

L. 5. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revoca-

33) Die *L. 51. D. de condict. indeb.* wo Pomponius sagt: Ex quibus caussis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus; steht nicht entgegen. Denn hier ist blos von einer Retention die Rede, welche durch Hülfe einer Exception, nicht aber von einer solchen, welche *ipso iure* geschiehet. Die letztere schließt condictionem indebiti nicht aus. *L. 5. §. ult. D. de impens. in res dotal. fact.*

34) Man vergleiche über dieses Fragment *Iac.* CUJACII Tractat. VIII. ad Africanum ad L. 30. D. de action. emti et vend. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 30. cit. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht rc. §. 604. S. 455. f.

vocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut, si quidem exstet res, *vindicetur*: si consumta sit, *condicatur* hactenus, *quatenus locupletior quis eorum factus est*.

L. 6. D. eodem. Quia, quod ex non concessa donatione retinetur, id aut *sine causa*, aut *ex iniusta causa* retineri intelligitur: ex quibus causis *condictio* nasci solet.

L. 33. §. 1. D. eodem. Si uxor marito annuum [35]) versa vice praestiterit, restituetur ei hoc, et poterit *vindicare* id, quod exstat: credo, poterit et *condicere*, *in quantum locupletior factus est*: quia non tam solemne est annuum, quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito praestat [36]); immo incongruens est, et contra sexus naturam.

 L. 39.

35) Das *annuum* wird hier als eine Art von Schenkung betrachtet. Eben so auch *L. 22. D. de pact. dotal.* Es kann also wohl kein bloßer Unterhalt seyn, wie es BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Annuum* num. 2. erklärt, weil Ehegatten dazu einander gegenseitig verbunden sind. Zwar kann es auch in solchen Sachen bestehen, die sonst zum Unterhalt gehören, als *cibaria* und *vestiaria*. *L. 20. D. de annuis leg.* allein auch in Geld und andern Sachen, die ein Ehegatte dem andern jährlich zu schenken versprochen hat. S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 18.

36) Einige wollen hier lesen: *quia non tam solenne est annuum, quod uxor marito pendit, et quod maritus uxori praestat.* Z. B. *Scip.* GENTILIS de donationib. inter Vir. et Ux. pag. 201. Allein es ist hier eine Hysterologie vorhanden, von welcher wir mehrere Beyspiele in den Fragmenten der Römischen Rechts-

gelehr-

L. 39. *D. eodem.* Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit. Quaero, utrum vir eam summam petere debeat, an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset? Respondi, inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, *vindicare* eam debitor potest. — Sed si pecunia non exstat, *et mulier locupletior facta est*[37]), maritus eam *petet:* intelligitur enim ex re mariti locupletior esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.

L. 16.

gelehrten finden. S. ECKHARDI Hermeut. iuris Lib. I. Cap. III. §. 96. und PÜTTMANNI Interpretat. et Observat. iuris Rom. Cap. VII. §. 1.

37) Viele glauben, nur bey Schenkungen unter Ehegatten werde beym Wiederrufe darauf gesehen, ob der Beschenkte durch die Consumtion reicher geworden sey. Dieß sey also eine Ausnahme, welche in allen andern nicht ausgenommenen Fällen die Regel bestätige. Der Grund liege in der Natur einer solchen Schenkung, welche nur insofern nicht gelte, als der Schenkende dadurch ärmer, der Beschenkte aber reicher geworden ist. *L.* 5. §. 8. *L.* 16. *L.* 25. *D. eod.* Allein wir reden ja hier überhaupt nur von einem solchen Falle, wo das Geschäft, dadurch der Beklagte dasjenige, was von ihm zurückgefordert wird, erhielt, an sich nichtig ist, und keinen zur Verjährung geeigenschafteten Titel giebt. Hierzu kommt, daß es überhaupt bey den Condictionen Grundsatz ist, daß der bonae fidei possessor nur insoweit haftet, als er noch durch das Empfangene bereichert ist. Nam hoc natura aequum est, sagt Pomponius *L.* 14. *D. de condict. indeb.* neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor. Si praedium — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, venundedisti; *secundum sententiam Senatusconsulti dominium eius*, sive *ius a te discidere non potuit*, sed *vindicationem* eius et fructuum, vel his non existentibus, *condictionem* competere constitit.

Es wird hier ein Rechtsirrthum vorausgesetzt. Dieser hindert die Entstehung eines zur Verjährung erforderlichen Rechtsgrundes [38]). Daher müssen auch die fructus consumti restituirt werden [39]), die sonst der bonae fidei emtor lucrirt [40]).

L. 29. D. de condict. indeb. Interdum persona locum facit repetitioni: utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et, siquidem exstant nummi, *vindicabuntur*, consumtis vero, *condictio* locum habebit [41]).

N 4 II. Die

38) *L. 31. pr. D. de usurpat. et usucap.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 297. S. 143.

39) Aber doch nur soweit der Beklagte dadurch sich reicher befindet. Denn wenn gleich der Rechtsirrthum nichts zur Usucapion hilft, so schadet er doch nicht, sofern von der Restitution der Sache und Abwendung eines Schadens die Rede ist. *L. 8. D. de iuris et facti ignor.* S. den 7. Theil dieses Commentars §. 567. S. 543.

40) *L. 2. Cod. Si quis ignorans rem minor. esse. L. 48. D. de acquir. rer. dom.*

41) Ganz füglich könnte zu dieser Classe von Gesetzen auch die *L. 32. D. de rebus credit.* gerechnet werden, aus welcher man die

II. Die condictio sine causa hat Statt, wenn ich dem Andern eine Sache in der Hoffnung und unter der Bedingung einer Gegenleistung gegeben habe, und diese Leistung nicht erfolgt ist, auch die condictio causa data causa non secuta nicht wohl angestellt werden kann. Afrikan setzt diesen Fall jenem erstern ganz gleich, wenn er *L. 4. D. h. t.* sagt: Nihil refert, utrumne ab initio *sine causa* quid datum sit, *an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.* Ein Beyspiel enthält *L. 4. Cod. de condictione ex Lege et sine causa,* wo es heißt: Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti; et necdum transiisse tempus statutum, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, *reddi tibi cautionem* Praesidali notione postulare potes [42]. Habe ich also einen Schuldschein in der Hoffnung, ein Anlehn darauf zu erhalten, ausgestellt, und die Auszahlung ist nachher nicht erfolgt; so kann ich den Schuldschein binnen den zwey Jahren, da mir die *exceptio* oder *querela non numeratae pecuniae* zusteht, mit der *condictione sine causa* zurückfordern [43]. Endlich hat

III. die

die sogenannte Juventianische Condiction herleitet. Denn sie ist nichts anders, als eine *Condictio sine causa*, wie BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 32. not. k. gezeigt hat. Ich habe davon schon an einem andern Orte (Th. 12. S. 23. f.) gehandelt.

42) Man vergleiche noch *L. 7. Cod. de non numerata pecun.*

43) Einige glauben, es finde hier die *condictio causa data causa non secuta* Statt. Z. B. *Ant.* FABER in Rational. in Dig. ad L. 1. §. 1. D. h. t. und FRAGEMANN Diss. cit. §. 4. Allein man sehe BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXII. Th. 11.

VOET

III. die *condictio sine causa* Statt, wenn der rechtliche Grund, warum dem Beklagten etwas gegeben wurde, in der Folge wieder aufgehört hat, so daß er das Empfangene mit Recht nicht zurückbehalten kann. Pomponius sagt *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Si fuit causa promittendi, *quae finita est*, dicendum est, condictioni locum fore; und wenn es gleich darauf §. 3. heißt: Constat, id demum posse condici alicui, quod vel *non ex iusta causa* ad eum pervenit, vel *redit ad non iustam causam;* so sind darunter alle drey Fälle begriffen, in welchen die *condictio sine causa* begründet ist. Insbesondere gehören aber zu diesem dritten Hauptfall noch folgende Gesetzstellen.

L. 2. *D. h. t.* Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde, amissis eis, domino pretium, ex locato conventus, praestiterit, posteaque dominus invenerit vestimenta: qua actione debeat consequi pretium, quod dedit? Et ait *Cassius*, eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse. Ego puto, *ex conducto* omnimodo eum habere *actionem*. An autem et *condicere* possit; quaesitum est? quia non indebitum dedit. Nisi forte, *quasi sine causa datum*, putamus condici posse: etenim vestimentis inventis, quasi *sine causa* datum videtur.

Hier ist der Fall, da ein Römer seine Toga einem Fullo [44]) zu waschen gegeben hatte, welche dieser durch seine Un-

VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. IX. nr. 4. et Tit. XXX. nr. 14. in fin.

44) *Fullo* hieß bey den Römern derjenige, welcher die Kunst verstand, durch Kreide und Schwefel die Togas der Römer glän-

achtsamkeit entwenden ließ. Der Eigenthümer klagte actione locati gegen ihn, und der Fullo mußte ihm das Kleid bezahlen [45]). Hier erhielt also der Eigenthümer den Werth seines Kleides von Rechts wegen. Zufälliger Weise bekam jedoch nachher der Eigenthümer das Kleid in Natur wieder. Von nun an besaß er das dafür erhaltene Geld sine causa, wenn es ihm gleich rechtskräftig war zugesprochen worden. Fuit quidem causa, propter quam daretur, sagt Pothier [46]), sed haec causa finita est, ex quo locator sua vestimenta recuperavit. Der Fullo konnte also den bezahlten Werth mit Recht zurückfordern. Allein mit welcher Klage? Cassius sagt, er könne *actione conducti* klagen, er könne sich aber auch einer Condiction bedienen. In Absicht auf die erste Klage giebt ihm Pomponius recht. Denn die Klage aus einem bonae fidei Contracte geht auf alles, was in Ansehung dieses Contracts die Billigkeit erfordert, wenn auch gleich vorher

glänzend weis zu machen. S. FERRARIUS de re vestiaria P. II. Lib. IV. Cap. 13. und besonders *Christoph.* COLERUS Parergor. Cap. 14. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 367. sq.) Von ihnen brauchte man eigentlich die Ausdrücke polire et curare vestimenta. §. *1. l. de locatione.* L. *12. D. de furtis.* Nur hier braucht Pomponius den Ausdruck *lavare*, welcher sonst nirgends vorkommt. Daher will *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. XII. §. 6. statt lavanda lieber *laevanda* lesen. *Laevare* ist aber eben soviel als polire. S. STATIUS *Thebaid.* I. 518. et ad Eundem BARTHIUS in Glossis.

45) *L. 12. pr. D. de furt.* sagt: Fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, *praestare custodiam debet.*

46) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. d.

vorher davon keine Rede war [47]). Nun kann nach Recht und Billigkeit der Eigenthümer nicht Werth und Sache zugleich behalten. Nur wegen der Condiction schien dem Pomponius die Meinung des Cassius noch einer genauern Bestimmung zu bedürfen. Die condictio indebiti konnte er freylich nicht gemeint haben. Denn man kann eigentlich nicht sagen, der Eigenthümer habe eine Nichtschuld empfangen. Nun sieht man aber bey dieser Klage auf die Zeit der Zahlung. Allein zu dieser Zeit war die Forderung des Eigenthümers vollkommen gegründet. Es ist also nach der Auslegung des Pomponius keine andere, als die *condictio sine causa* zu verstehen. Denn wer diese anstellt, sagt nicht, er habe eine Nichtschuld bezahlt, sondern der Beklagte besitze das, was er zurückgeben soll, sine causa; sey es nun, daß gleich anfangs kein rechtsgültiger Grund, warum er es empfieng, vorhanden war, oder daß die Ursache, warum er etwas mit Recht erhielt, jetzt aufgehört habe. Mit Recht sagt daher Anton Faber [48]): *Condictio indebiti* respicit tempus praeteritum factae solutionis, *condictio* autem *sine causa* tempus praesens propositae actionis. Nihil ergo prohibet, etiam *post rem de pretio solvendo iudicatam* dari actionem fulloni ad restitutionem pretii per huiusmodi condictionem *sine causa*, tanquam quae nullo modo iudicatum impugnet non magis, quam actio ex conducto. Wir haben also hier ein merkwürdiges Beyspiel, wo die condictio sine causa mit einer actione ex contractu concurrirt, jedoch findet zwischen beyden Klagen der Unterschied statt, daß die erstere blos auf

47) §. 30. *I. de actionib.*

48) Rational. in Pand. ad h. L. 2. h. t.

auf Zurückgabe des für die Sache gegebenen Werths, die letztere aber alternativisch dahin zu richten ist, daß der Beklagte dem Kläger entweder die Sache aushändige, oder die dafür geleistete Aestimation zurückgebe [49]). Ein anders Beyspiel enthält folgendes Fragment.

L. 11. §. 6. *D. de actionib. emti et vend.* Ego illud quaero, si anulus datus sit *arrhae nomine*, et secuta emtione, pretioque numerato, et tradita re, anulus non reddatur, qua actione agendum est: utrum *condicatur*, quasi ob causam datus sit, *et causa finita sit*; an vero *ex emto* agendum sit? Et IULIANUS diceret, *ex emto* agi posse: certe etiam *condici* poterit, quia iam *sine causa* apud venditorem est anulus.

Ist bey Schließung eines Kaufs eine arrha gegeben, und nachher der Contract von beyden Theilen erfüllt worden, so muß die arrha zurückgegeben werden. Wie aber wenn es nicht geschehen ist? Was findet deswegen für eine Klage Statt? Julian meinte, die *actio emti*. Allein Ulpian lehrt hier, daß auch *condictione sine causa* geklagt werden könne. Beyde Klagen finden Statt. Die Klage aus dem Contract. Omnia enim, sagt Ulpian an einem andern Orte [50]), quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. Aber auch die Condiction. Denn das Eigenthum der arrha war auf den Empfänger derselben übergegangen. Ex arrharum datione, sagt Anton Faber [51]), transfertur dominium in accipientem, si modo

49) Arg. *L. 17. § 5. D. Commodati.* S. auch *Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. h. t.

50) *L. 1. §. 1. D. de act. emti et vend.*

51) Rational. in Pand. ad L. 11. §. 6. D. de act. emti et vend.

modo arrhae dominus fuit is, qui dedit; hoc ipsum enim est, quod significat *arrhae datio*, scilicet dominii translationem [52]). Allein die Erfüllung des Contracts hob die Ursache auf, warum die arrha war gegeben worden. Beyde Klagen gehen aber hier nur auf Zurückgabe derselben. Eine gleiche Concurrenz der condictio sine causa mit der Contractsklage läßt sich mit **Voet** [53]) auch in dem Falle annehmen, von welchem **Ulpian** in folgendem Fragment handelt.

L. 19. §. 6. D. Locati. Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis, rectissime MELA scripsit, *ex conducto actione* repetiturum: non quasi indebitum condicturum. Non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret: aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim, si per errorem solvit, dum putat, se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem. Nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit [54]), multum interest.

Daß

52) *L. 75. §. ult. D. de Verbor. obligat. L. 167. pr. D. de div. reg. iuris.* S. auch PESTEL Diss. de arrha contractibus vulgo adiici solita §. 14. et 15.

53) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

54) Haloander, Bandoza, und andere, lesen *praerogavit*. Dieses *praerogare* aber ist soviel als *praeerogare*, vorausbezahlen. In den *Basilicis* Tom. II. pag. 424. heißt es: ἐν προχρεία δεδωκέναι: *in prousu dare.* Diese Leseart vertheidigt auch

Daß die *condictio indebiti* nicht begründet ist, wenn das Miethgeld für die ganze Miethzeit voraus bezahlt worden, und dann vor Ablauf derselben das gemiethete Haus (insula [55]) abbrennt, hätte hier des weitläufstigen Beweises nicht bedurft. Auffallend aber ist es, daß der *condictio sine causa* nicht gedacht wird, welche doch hier so gut, wie die Contractsklage, Statt findet. Allein in folgenden Fällen findet ob causam finitam blos die *Condictio sine causa* Statt.

L. 50. *D. de iure dotium.* Quae fundum in dote habebat, divortio facto, quum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, ut decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret: ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit; *ut fundus quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.*

Es war hier bey Wiedererneuerung der Ehe nach erfolgtem Divortium zwischen den Ehegatten die Uebereinkunft getroffen worden, daß statt des in die erste Ehe eingebrachten Grundstücks ein Heyrathsgut in Gelde gegeben, und dagegen das Grundstück zurückgegeben werden sollte.

Das

auch *Christ. Gottl.* HAUBOLD in Disp. de Fabio Mela ICto. *Lipsiae* 1806. §. 16 Allein für die florentinische Leseart streitet *Iac.* CURTIUS Εἰκαστῶν iuris civ. Lib. II. cap. 33. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 195.) Der Ausdruck *prorogare* kommt auch *L.* 20. *Cod. de Decur.* vor. Unser Erlanger Pandecten-Codex lieset gleichfalls *prorogavit.*

55) Vid. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Insula.* und GESNER in Thes. L. L. h. v.

Das Geld wurde dem Manne auch wirklich ausbezahlt. Allein die Ehefrau starb bald darauf in der neuen Ehe, ehe noch der Fundus war restituirt worden. Es fragte sich nun, welche Klage hier wegen des Grundstücks anzustellen sey? Die sonst gewöhnliche actio de dote konnte hier nicht Statt finden, wenn gleich Cujaz [56]) es glaubt. Denn der Fundus hatte wegen der getroffenen Uebereinkunft aufgehört ein dos zu seyn. Causa dotis war also, wie Pothier [57]) hier ganz richtig bemerkt, finita, cum alia res vice eius fundi sit doti data. Von dieser Zeit an besaß also der Ehemann das Grundstück sine causa. Es blieb folglich den Erben der Frau kein anders Rechtsmittel übrig, als die Condiction.

L. 2. Cod. de condict. ex Lege. Dissolutae quantitatis retentum instrumentum, inefficax penes creditorem remanere, et ideo per *condictionem* reddi oportere, non est ambigui iuris.

Daß die *condictio sine causa* Statt habe, wenn der Schuldschein nach erfolgter Heimzahlung des Darlehns aus den Händen des Gläubigers zurückgefordert wird, hat gar keinen Zweifel. Denn das Eigenthum war auf den Gläubiger übertragen. Die Ursach desselben hat aber durch Bezahlung der Schuld aufgehört. Daher sagt auch *L. ult. Cod. de Solut.* Solutionem asseveranti probationis onus incumbit: quo facto, *chirographum condicere potest.*

Noch

56) Tract. VIII. ad Africanum ad h. L. 50.

57) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. e.

Noch einige andere Fälle kann man in *L.* 11. *D. de appellat. et relat.* und *L.* 2. *et* 3. *Cod. de donat. quae sub modo.* finden [58]).

In allen diesen Fällen nun, wo der Beklagte die Sache zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhielt, welche aber nachher entweder nicht erfolgt ist, oder wieder aufgehört hat, kann die Reivindication nie angestellt werden, wenn gleich die Sache noch in Natur vorhanden ist, weil hier das Eigenthum derselben auf den Empfänger, vermöge des gerechten Titels, überging. Es kann also hier immer nur eine persönliche Klage Statt finden, welches bey entstandenem Concurs von großer Wichtigkeit ist. [59]).

Aus allem ergiebt sich übrigens, daß die Condictio sine causa ihrem Gegenstande nach von zweyerley Art seyn könne, entweder *condictio certi*, wenn sie eine bestimmte Summe, oder eine individuelle Sache, und *incerti*, wenn sie die Befreyung von einer Verbindlichkeit, oder einen Besitz oder sonst etwas Unbestimmtes zum Gegenstande hat [60]). Ein Beyspiel von der letztern enthält die *L.* 3. *D. h. t.* wo Julian *lib.* 8. *Digestor.* sagt: Qui *sine causa* obligantur, *incerti condictione* consequi possunt, ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem, quam suscipere eum oportuerit,

58) S. ELERS oder PRAGEMANN Diss. cit. de condictionis sine causa fundamento §. 10.

59) S. BOEHMERI Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 32.

60) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 48. und MÜLLER ad Eundem not. α).

tuerit; nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias, ut exoneretur; veluti qui decem promisit: nam, si quidem nullam causam promittendi habuit, *incerti condictione* consequitur, ut tota stipulatio accepta fiat; at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti condictione consequetur, ut in quinque liberetur.

Mit allen bisherigen Condictionen hat übrigens die Condictio sine causa gemein, daß sie zwar auf Früchte und Accessionen der Sache, aber nicht auf Zinsen gerichtet werden kann [61]). Auch hier ist der Grund der Billigkeit der nämliche, wie bey den übrigen Condictionen [62]). Afrikan [63]) sagt es ausdrücklich, die condictio sine causa sey *ex bona fide*, d. i. sie gründe sich auf natürliche Billigkeit. Iure naturae autem aequum est, sagt Pomponius [64]), neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem; und Celsus [65]) setzt den Grund der Klage blos darin: quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi, *bonum et aequum est*. Zwar wollen die meisten Rechtsgelehrten [66]) den Grund der Klage in einem Quasi-

61) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. und LAUTERBACH Coll. Pand. th. pr. h. t. §. 7.

62) S. MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 1.

63) *L. 50. pr. D. de iure dot.*

64) *L. 206. D. de div. reg. iuris.*

65) *L. 32. D. de rebus credit.*

66) BOECKELMANN Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 46. ECKHOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. un. u. a. m.

Quasi-Contract setzen. Dies soll die acceptio sine causa seyn. Allein mit Recht haben andere [67]) diese Meinung verworfen, und sehr gründlich erklärt sich darüber Johann Ortwin Westenberg [68]), wenn er sagt: Negotium, ex quo hic actio nascitur, nulli ex contractibus est simile; neque usquam inter quasi contractus refertur; plurimum etiam inter hoc et condictionem indebiti interest, ut eius exemplo hic quasi contractus constitui nequeat. Aequissimum tamen est, ut res nostra, quae apud alium est sine causa, nobis restituatur, adeoque causa huius actionis extraordinaria statuenda, et ad varias causarum figuras referenda est.

67) S. SUENDENDOERFFER ad *Eckholtum* c. l. pag. 374.

68) De causis obligationum Dissertat. VII. Cap. IV. §. 7. et 8.

Lib. XIII. Tit. I.

De condictione furtiva.

§. 837.

Mancherley Rechtsmittel, welche dem Bestohlnen zustehen. Vorzüge der condictio furtiva.

Die *condictio furtiva* hat unter allen das Auszeichnende, daß sie dem Eigenthümer zusteht. Dieses streitet eigentlich ganz gegen die Natur der Condictionen, deren Formel auf ein *dare oportere* lautet[69]). Das *dare* aber setzt immer voraus, daß die Sache nicht schon das Eigenthum dessen sey, der sie fordert. Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, sagt Justinian. Es fragt sich also, was veranlaßte die römischen Gesetzgeber diese Klage einzuführen, und ihr eine so auszeichnende Eigenschaft beyzulegen? Einem Bestohlnen stehen zwar freilich schon manche andere Rechtsmittel zu Gebote, wodurch er das ihm Entwendete, ja noch mehr, als dieses, wieder erhalten kann[70]). Er kann sich nämlich der Reivindication bedienen, welche nicht nur gegen den

69) §. *14. I. de actionib.*

70) S. *Ant.* MATTHAEUS de criminib. ad Lib. XLVII. Dig. Tit. 1. Cap. 4. nr. 1. und *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 14. I. de actionib. p. 474.

den Besitzer, sondern utiliter auch gegen denjenigen Statt findet, qui dolo possidere desiit [71]); ja sogar der dritte unschuldige Besitzer muß die Sache dem Eigenthümer unentgeldlich herausgeben [72]). Er kann ferner mit gleicher Wirkung auch *actione ad exhibendum* klagen. Ulpian sagt dieß selbst *L.* 7. §. 1. *in fin. D. h. t.* Is, cui furtum factum est, habet et *vindicationem*, habet et *ad exhibendum actionem.* Ist der Diebstahl in einem Contract an dem Gegenstande desselben begangen worden, so steht dem Bestohlnen auch die *actio ex contractu* zu. So sagt Javolen *L.* 71. *D. de furtis.* Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit: agi cum eo et *furti*, et *commodati* potest: et si furti actum est, *commodati actio* extinguitur. Außer diesen Klagen, welche blos persecutorische sind, hat dann noch eine Pönalklage Statt, nämlich die *actio furti*, welche bald auf das Vierfache, bald auf das Doppelte geht, je nachdem sie gegen einen ertappten, oder nicht ertappten Dieb angestellt wird [73]). Dem allen ungeachtet schien eine neue Klage nicht überflüßig zu seyn. Justinian sagt §. 14. *I. de action.* Plane odio furum, *quo magis pluribus actionibus teneantur*, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, *rei recipiendae nomine* fures etiam hac actione teneantur: *Si appareat eos dare oportere*: quamvis sit adversus eos etiam *in rem actio*, per quam rem suam quis esse petit. Allein eigent-

71) *L.* 27. §. 3. *de rei vindicat.*

72) *L.* 2. *C. de furt.* *L.* 3. und *L.* 23. *C. de Rei vindic.* S. Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutsch. peinlichen Rechts 3. Th. §. 442.

73) §. *ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

eigentlich ist zum Besten des bestohlnen Eigenthümers die *condictio furtiva* eingeführt worden, um ihn auf jeden Fall zu decken, wenn die ihm zustehenden übrigen Rechtsmittel nicht anwendbar seyn sollten. Denn die Reivindication, so wie die *actio ad exhibendum* setzt voraus, daß die Sache noch in Natur vorhanden sey, oder der Dieb sie dolo malo zu besitzen aufgehört habe. Allein die condictio furtiva findet Statt, wenn gleich der Dieb die Sache nicht mehr besitzt, noch dolo sich des Besitzes entäußert hat [74]. Der Kläger hat hier ferner den schwierigen Beweis des Eigenthums nicht, welcher oft die Reivindication unwirksam macht. Der bloße Beweiß der wirklich geschehenen Entwendung wird bey dieser Condiction für hinreichend gehalten, wofern nur nicht mehrere über das Eigenthum der gestohlnen Sache streiten [75]. Denn wo niemand der Forderung des Bestohlnen widerspricht, kommt ihm billig die Vermuthung zu statten, welche für den Besitzer streitet [76]. Ja der Dieb haftet mit dieser Klage auch sogar dann, wenn die gestohlne Sache durch einen natürlichen Zufall zu Grunde gegangen seyn sollte, der dieselbe vielleicht auch bey dem Eigenthümer selbst betroffen

 haben

74) §. *ult. I. cit. de oblig. quae ex delict.* Der Diebstahl selbst läßt sich zwar ohne einen Dolus nie gedenken, wohl aber, daß der Dieb den Besitz der gestohlnen Sache sine dolo verlohren habe. S. VINNIUS in Comm. ad §. 14. I. de actionib. nr. 3.

75) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 78. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 384. und BOEHMER in Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 36. not. q.

76) S. *Io. Sam. Fried. de* BOEHMER Meditation. in constitut. crim. carolin. Art. CCVII. §. 2. pag. 928.

haben würde [77]; worauf doch die Reivindication auch nicht einmal gegen einen malae fidei possessorem geht [78]). Hieraus erklärt sich nun zugleich, wenn Justinian sagt: Plane *odio furum* effectum esse, ut rei recipiendae nomine fures etiam *hac actione* teneantur [79]). Endlich die *actio furti* geht nicht auf Restitution der Sache, sondern bloß auf eine Privatstrafe, und hat gegen die Erben des Diebes nicht Statt [80]). Allein durch die *condictio furtiva* kann der Bestohlne nicht nur ohne Schwierigkeit seine Sache selbst wieder erhalten, sondern er kann auch deshalb gegen die unschuldigen Erben des Diebes klagen, welche ebenfalls wegen des Diebstahls zum Ersatz verbunden sind [81]). Nun läßt sich auch ganz wohl das Räthsel erklären, warum man dem Eigenthümer ganz gegen den eigentlichen Sinn der Formel *dare oportere* eine Condiction zu geben veranlaßt wurde. Man mußte nämlich hier der Billigkeit wegen, zum Besten des Bestohlnen, eine Ausnahme von der Regel machen, weil sonst derjenige, dem das Eigenthum verblieben ist, übler daran seyn würde, als ein anderer Condicent, welcher sein Eigenthum auf den

77) *L. ult. D. h. t. L. 1. §. 34. D. de vi et vi armat. L. 2. Cod. h. t. Ev.* OTTO in Comm. ad §. 14. I. de actionib. lit. *d. Arn.* VINNIUS Comm. ad eund. §. I. nr. 3. Siehe auch den 4. Th. dieses Commentars §. 327. S. 395.

78) *L. 15. §. 3. L. 16. D. de rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. S. 234. ff.

79) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.

80) §. *ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 12. Cod. de furtis.*

81) *L. 7. §. 2. D. h. t.*

den Beklagten übertragen hat, wie Cocceji [82]), die Sache ganz richtig ansieht. Der Formel nach gieng also die *Condictio furtiva* zwar auf *dare oportere*, wie Bachow [83]) und Wissenbach [84]) nach der Glosse lehren; allein ihrer Wirkung nach doch nur auf Restitution [85]). Nicht ohne Grund behauptet daher auch Voet [86]), daß das Wort *dare* hier nicht in der eigentlichen Bedeutung genommen werde, wenn er sich über das Räthselhafte dieser Condiction auf folgende Art erklärt: Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum ipsum dominium transferat, si quidem *datio* tunc latius et sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed *pro quali quali possessionis translatione;* eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, et ex depositi, commodati, pignorisve causa res *dari*, dum traditur. Quamvis et fur heresque eius certo casu *dare de suo* teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Diese Erklärung scheint mir wenigstens natürlicher zu seyn, als wenn Gerhard Noodt [87]) hier eine rechtliche Fiction eintreten läßt. Er sagt: Adhuc latet, qua ratione fur dicatur *ad dandum* condictione furtiva conveniri: cum soli concedatur domino; eiusque, quod est iam eius, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud sedet: mihi

82) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

83) Tract. de Actionib. Disp. IV. Th. 20. pag. 151.

84) Exercitation. ad Pandect. P. I. Disp. XXVI. Th. 1.

85) *L. 29. §. 1. D. de Verb. Obligat.*

86) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

87) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 304.

hi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero; *sed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivae, si quo fortuito casu pereat, reo, eidemque furi, tanquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin iure dominii rei interitus pertineret ex regulis.* Mehrere glauben sich sogar die Formel *dare oportere* bey der condictione furtiva erklären zu können, ohne von dem eigentlichen Sprachgebrauche abweichen zu dürfen. So sagt z. B. Horoman [88]). Superest, ut videamus, quo sensu verbum *dandi* in hac actione accipi oporteat. Nam quomodo dominii translationem designaret, cum ea res sit actoris? — Sed intelligendum est, hanc actionem magis *ad litis aestimationem* quam *ad ipsam rem persequendam* valere. Auch Franz Brôus [89]) und Ulrich Huber [90]) beziehen das *dare oportere* bey dieser Klage auf die mittelst derselben zu fordernde Aestimation, weil doch die Klage gewöhnlich darauf gehe, und diese wenigstens nicht Eigenthum des Klägers sey. Indessen bleibt hier immer die Schwierigkeit, wenn die Klage auf die Sache selbst gerichtet wird. Daher will Arnold Vinnius [91]) doch das *dare* hier lieber durch restituere erklären. Unter allen Auslegern hat aber wohl der große Anton Faber [92]) die

88) Commentar. in Institut. ad §. 14. I. de actionib. pag. 446.

89) Exposit. in Iustiin. Institution. ad §. fin. I. de obligat. quae ex delicto nasc. pag. 711.

90) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 23.

91) Commentar. ad §. 14. I. de actionib. nr. 2.

92) Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t.

die Sache am wenigsten getroffen, wenn er sagt: Quamvis fur non fiat dominus rei furtivae, nullam tamen querelae occasionem habet, si ea actione conveniatur, qua conveniri iure posset, si voluntas ejus effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset. Merito igitur condictione tenetur, non illa quidem, quae datur ob turpem vel iniustam causam, quia ex turpi et iniusta illa causa dominus factus, non est sed *speciali condictione*, in eam rem comparata, quae *furtiva* dicitur, ob hoc solum, *quia fieri dominus voluit.* Also weil der Dieb hat Eigenthümer werden wollen, nicht, weil er Eigenthümer geworden ist, wird dem Eigenthümer die condictio furtiva gestattet. Id equidem non est σοφὸν φάρμακον, sagt Huber [93]) dabey sehr treffend; nec idonea ratio, cur IUSTINIANUS exceptionem prodiderit celebrem a regula iuris fundamentali, non ex vera iuris ratione, *sed ex opinione furis tam falsa quam malefica.*

§. 838.

Begriff der *condictio furtiva*. Condictio *certi* und *incerti*.

Die *Condictio furtiva* [94]) ist nun eine persönliche, blos persecutorische Klage, welche dem bestohlnen Eigenthümer, und dessen Erben, gegen den Dieb und dessen Erben,

93) Eunomia Rom. ad L. 1. D. h. t. §. 2. pag. 529.

94) Hin und wieder wird diese Condiction in den Gesetzen auch actio furti genennt. *L.* 14. §. 16. *L.* 52. §. 29. *L.* 71. *D. de furtis.* *L.* 9. *D. de in lit. iur.* *L.* 3. §. *ult.* *D. Nautae caup. et stabul.* Sonst sind aber condictio furtiva und actio furtiva ganz verschieden. *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

Daß die *condictio indebiti* nicht begründet ist, wenn das Miethgeld für die ganze Miethzeit voraus bezahlt worden, und dann vor Ablauf derselben das gemiethete Haus (insula [55]) abbrennt, hätte hier des weitläuftigen Beweises nicht bedurft. Auffallend aber ist es, daß der *condictio sine causa* nicht gedacht wird, welche doch hier so gut, wie die Contractsklage, Statt findet. Allein in folgenden Fällen findet ob causam finitam blos die *Condictio sine causa* Statt.

L. 50. *D. de iure dotium.* Quae fundum in dote habebat, divortio facto, quum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, ut decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret: ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit; *ut fundus quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.*

Es war hier bey Wiedererneuerung der Ehe nach erfolgtem Divortium zwischen den Ehegatten die Uebereinkunft getroffen worden, daß statt des in die erste Ehe eingebrachten Grundstücks ein Heyrathsgut in Gelde gegeben, und dagegen das Grundstück zurückgegeben werden sollte.

Das

auch *Christ. Gottl.* HAUBOLD in Disp. de Fabio Mela ICto. *Lipsiae 1806.* §. 16 Allein für die florentinische Leseart streitet *Iac.* CURTIUS Εἰκαστῶν iuris civ. Lib. II. cap. 33. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 195.) Der Ausdruck *prorogare* kommt auch *L.* 20. *Cod. de Decur.* vor. Unser Erlanger Pandecten-Codex lieset gleichfalls *prorogavit.*

55) Vid. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Insula.* und GESNER in Thes. L. L. h. v.

Das Geld wurde dem Manne auch wirklich ausbezahlt. Allein die Ehefrau starb bald darauf in der neuen Ehe, ehe noch der Fundus war restituirt worden. Es fragte sich nun, welche Klage hier wegen des Grundstücks anzustellen sey? Die sonst gewöhnliche actio de dote konnte hier nicht Statt finden, wenn gleich Cujaz [56]) es glaubt. Denn der Fundus hatte wegen der getroffenen Uebereinkunft aufgehört ein dos zu seyn. Causa dotis war also, wie Pothier [57]) hier ganz richtig bemerkt, finita, cum alia res vice eius fundi sit doti data. Von dieser Zeit an besaß also der Ehemann das Grundstück sine causa. Es blieb folglich den Erben der Frau kein anders Rechtsmittel übrig, als die Condiction.

L. 2. Cod. de condict. ex Lege. Dissolutae quantitatis retentum iustrumentum, inefficax penes creditorem remanere, et ideo per *condictionem* reddi oportere, non est ambigui iuris.

Daß die *condictio sine causa* Statt habe, wenn der Schuldschein nach erfolgter Heimzahlung des Darlehns aus den Händen des Gläubigers zurückgefordert wird, hat gar keinen Zweifel. Denn das Eigenthum war auf den Gläubiger übertragen. Die Ursach desselben hat aber durch Bezahlung der Schuld aufgehört. Daher sagt auch *L. ult. Cod. de Solut.* Solutionem asseveranti probationis onus incumbit: quo facto, *chirographum condicere potest.*

Noch

56) Tract. VIII. ad Africanum ad h. L. 50.

57) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. e.

Noch einige andere Fälle kann man in *L. 11. D. de appellat. et relat.* und *L. 2. et 3. Cod. de donat. quae sub modo.* finden [58]).

In allen diesen Fällen nun, wo der Beklagte die Sache zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhielt, welche aber nachher entweder nicht erfolgt ist, oder wieder aufgehört hat, kann die Reivindication nie angestellt werden, wenn gleich die Sache noch in Natur vorhanden ist, weil hier das Eigenthum derselben auf den Empfänger, vermöge des gerechten Titels, überging. Es kann also hier immer nur eine persönliche Klage Statt finden, welches bey entstandenem Concurs von großer Wichtigkeit ist. [59]).

Aus allem ergiebt sich übrigens, daß die Condictio sine causa ihrem Gegenstande nach von zweyerley Art seyn könne, entweder *condictio certi*, wenn sie eine bestimmte Summe, oder eine individuelle Sache, und *incerti*, wenn sie die Befreyung von einer Verbindlichkeit, oder einen Besitz oder sonst etwas Unbestimmtes zum Gegenstande hat [60]). Ein Beyspiel von der letztern enthält die *L. 3. D. h. t.* wo Julian *lib. 8. Digestor.* sagt: Qui *sine causa* obligantur, *incerti condictione* consequi possunt, ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem, quam suscipere eum oportuerit,

58) S. ELERS oder PRAGEMANN Diss. cit. de condictionis sine causa fundamento §. 10.

59) S. BOEHMERI Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 32.

60) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 48. und MÜLLER ad Eundem not. α).

tuerit; nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias, ut exoneretur; veluti qui decem promisit: nam, si quidem nullam causam promittendi habuit, *incerti condictione* consequitur, ut tota stipulatio accepta fiat; at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti condictione consequetur, ut in quinque liberetur.

Mit allen bisherigen Condictionen hat übrigens die Condictio sine causa gemein, daß sie zwar auf Früchte und Accessionen der Sache, aber nicht auf Zinsen gerichtet werden kann [61]). Auch hier ist der Grund der Billigkeit der nämliche, wie bey den übrigen Condictionen [62]). Afrikan [63]) sagt es ausdrücklich, die condictio sine causa sey *ex bona fide*, d. i. sie gründe sich auf natürliche Billigkeit. Iure naturae autem aequum est, sagt Pomponius [64]), neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem; und Celsus [65]) setzt den Grund der Klage blos darin: quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi, *bonum et aequum est*. Zwar wollen die meisten Rechtsgelehrten [66]) den Grund der Klage in einem Quasi-

61) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. und LAUTERBACH Coll. Pand. th. pr. h. t. §. 7.

62) S. MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 1.

63) *L. 50. pr. D. de iure dot.*

64) *L. 206. D. de div. reg. iuris.*

65) *L. 32. D. de rebus credit.*

66) BOECKELMANN Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 46. ECKHOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. un. u. a. m.

Quasi-Contract setzen. Dies soll die acceptio sine causa seyn. Allein mit Recht haben andere [67]) diese Meinung verworfen, und sehr gründlich erklärt sich darüber **Johann Ortwin Westenberg** [68]), wenn er sagt: Negotium, ex quo hic actio nascitur, nulli ex contractibus est simile, neque usquam inter quasi contractus refertur; plurimum etiam inter hoc et condictionem indebiti interest, ut eius exemplo hic quasi contractus constitui nequeat. Aequissimum tamen est, ut res nostra, quae apud alium est sine causa, nobis restituatur, adeoque causa huius actionis extraordinaria statuenda, et ad varias causarum figuras referenda est.

67) S. SUENDENDOERFFER ad *Eckholtum* c. l. pag. 374.

68) De causis obligationum Dissertat. VII. Cap. IV. §. 7. et 8.

Lib. XIII. Tit. I.

De condictione furtiva.

§. 837.

Mancherley Rechtsmittel, welche dem Bestohlnen zustehen. Vorzüge der condictio furtiva.

Die *condictio furtiva* hat unter allen das Auszeichnende, daß sie dem Eigenthümer zusteht. Dieses streitet eigentlich ganz gegen die Natur der Condictionen, deren Formel auf ein *dare oportere* lautet [69]). Das *dare* aber setzt immer voraus, daß die Sache nicht schon das Eigenthum dessen sey, der sie fordert. Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, sagt Justinian. Es fragt sich also, was veranlaßte die römischen Gesetzgeber diese Klage einzuführen, und ihr eine so auszeichnende Eigenschaft beyzulegen? Einem Bestohlnen stehen zwar freilich schon manche andere Rechtsmittel zu Gebote, wodurch er das ihm Entwendete, ja noch mehr, als dieses, wieder erhalten kann [70]). Er kann sich nämlich der Reivindication bedienen, welche nicht nur gegen

69) §. *14. I. de actionib.*

70) S. *Ant.* MATTHAEUS de criminib. ad Lib. XLVII. Dig. Tit. 1. Cap. 4. nr. 1. und *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 14. I. de actionib. p. 474.

den Besitzer, sondern utiliter auch gegen denjenigen Statt findet, qui dolo possidere desiit [71]); ja sogar der dritte unschuldige Besitzer muß die Sache dem Eigenthümer unentgeldlich herausgeben [72]). Er kann ferner mit gleicher Wirkung auch *actione ad exhibendum* klagen. **Ulpian** sagt dieß selbst *L.* 7. §. 1. *in fin. D. h. t.* Is, cui furtum factum est, habet et *vindicationem*, habet et *ad exhibendum actionem.* Ist der Diebstahl in einem Contract an dem Gegenstande desselben begangen worden, so steht dem Bestohlnen auch die *actio ex contractu* zu. So sagt **Javolen** *L.* 71. *D. de furtis.* Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit: agi cum eo et *furti*, et *commodati* potest: et si furti actum est, *commodati actio* extinguitur. Außer diesen Klagen, welche blos persecutorische sind, hat dann noch eine Pönalklage Statt, nämlich die *actio furti*, welche bald auf das Vierfache, bald auf das Doppelte geht, je nachdem sie gegen einen ertappten, oder nicht ertappten Dieb angestellt wird [73]). Dem allen ungeachtet schien eine neue Klage nicht überflüßig zu seyn. **Justinian** sagt §. 14. *I. de action.* Plane odio furum, *quo magis pluribus actionibus teneantur*, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, *rei recipiendae nomine* fures etiam hac actione teneantur: *Si appareat eos dare oportere*: quamvis sit adversus eos etiam *in rem actio*, per quam rem suam quis esse petit. Allein eigent-

71) *L.* 27. §. 3. *de rei vindicat.*

72) *L.* 2. *C. de furt.* *L.* 3. und *L.* 23. *C. de Rei vindic.* S. **Carl Aug. Tittmanns** Handbuch des gemeinen teutsch. peinlichen Rechts 3. Th. §. 442.

73) §. *ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

eigentlich ist zum Besten des bestohlnen Eigenthümers die *condictio furtiva* eingeführt worden, um ihn auf jeden Fall zu decken, wenn die ihm zustehenden übrigen Rechtsmittel nicht anwendbar seyn sollten. Denn die Reivindication, so wie die *actio ad exhibendum* setzt voraus, daß die Sache noch in Natur vorhanden sey, oder der Dieb sie dolo malo zu besitzen aufgehört habe. Allein die condictio furtiva findet Statt, wenn gleich der Dieb die Sache nicht mehr besitzt, noch dolo sich des Besitzes entäußert hat [74]). Der Kläger hat hier ferner den schwierigen Beweis des Eigenthums nicht, welcher oft die Reivindication unwirksam macht. Der bloße Beweiß der wirklich geschehenen Entwendung wird bey dieser Condiction für hinreichend gehalten, wofern nur nicht mehrere über das Eigenthum der gestohlnen Sache streiten [75]). Denn wo niemand der Forderung des Bestohlnen widerspricht, kommt ihm billig die Vermuthung zu statten, welche für den Besitzer streitet [76]). Ja der Dieb haftet mit dieser Klage auch sogar dann, wenn die gestohlne Sache durch einen natürlichen Zufall zu Grunde gegangen seyn sollte, der dieselbe vielleicht auch bey dem Eigenthümer selbst betroffen

 haben

74) §. *ult. I. cit. de oblig. quae ex delict.* Der Diebstahl selbst läßt sich zwar ohne einen Dolus nie gedenken, wohl aber, daß der Dieb den Besitz der gestohlnen Sache sine dolo verlohren habe. S. VINNIUS in Comm. ad §. 14. I. de actionib. nr. 3.

75) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 78. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 384. und BOEHMER in Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 36. not. q.

76) S. *Io. Sam. Fried. de* BOEHMER Meditation. in constitut. crim. carolin. Art. CCVII. §. 2. pag. 928.

haben würde [77]); worauf doch die Reivindication auch nicht einmal gegen einen malae fidei possessorem geht [78]). Hieraus erklärt sich nun zugleich, wenn Justinian sagt: Plane *odio furum* effectum esse, ut rei recipiendae nomine fures etiam *hac actione* teneantur [79]). Endlich die *actio furti* geht nicht auf Restitution der Sache, sondern bloß auf eine Privatstrafe, und hat gegen die Erben des Diebes nicht Statt [80]). Allein durch die *condictio furtiva* kann der Bestohlne nicht nur ohne Schwierigkeit seine Sache selbst wieder erhalten, sondern er kann auch deshalb gegen die unschuldigen Erben des Diebes klagen, welche ebenfalls wegen des Diebstahls zum Ersatz verbunden sind [81]). Nun läßt sich auch ganz wohl das Räthsel erklären, warum man dem Eigenthümer ganz gegen den eigentlichen Sinn der Formel *dare oportere* eine Condiction zu geben veranlaßt wurde. Man mußte nämlich hier der Billigkeit wegen, zum Besten des Bestohlnen, eine Ausnahme von der Regel machen, weil sonst derjenige, dem das Eigenthum verblieben ist, übler daran seyn würde, als ein anderer Condicent, welcher sein Eigenthum auf den

77) *L. ult. D. h. t. L. 1. §. 34. D. de vi et vi armat. L. 2. Cod. h. t. Ev.* OTTO in Comm. ad §. 14. I. de actionib. lit. *d. Arn.* VINNIUS Comm. ad eund. §. I. nr. 3. Siehe auch den 4. Th. dieses Commentars §. 327. S. 395.

78) *L. 15. §. 3. L. 16. D. de rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. S. 234. ff.

79) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.

80) §. *ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 12. Cod. de furtis.*

81) *L. 7. §. 2. D. h. t.*

den Beklagten übertragen hat, wie Cocceji [82]), die Sache ganz richtig ansieht. Der Formel nach gieng also die *Condictio furtiva* zwar auf *dare oportere*, wie Bachow [83]) und Wissenbach [84]) nach der Glosse lehren; allein ihrer Wirkung nach doch nur auf Restitution [85]). Nicht ohne Grund behauptet daher auch Voet [86]), daß das Wort *dare* hier nicht in der eigentlichen Bedeutung genommen werde, wenn er sich über das Räthselhafte dieser Condiction auf folgende Art erklärt: Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum ipsum dominium transferat, si quidem *datio* tunc latius et sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed *pro quali quali possessionis translatione;* eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, et ex depositi, commodati, pignorisve causa res *dari*, dum traditur. Quamvis et fur heresque eius certo casu *dare de suo* teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Diese Erklärung scheint mir wenigstens natürlicher zu seyn, als wenn Gerhard Noodt [87]) hier eine rechtliche Fiction eintreten läßt. Er sagt: Adhuc latet, qua ratione fur dicatur *ad dandum* condictione furtiva conveniri: cum soli concedatur domino; eiusque, quod est iam eius, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud sedet: mihi

82) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

83) Tract. de Actionib. Disp. IV. Th. 20. pag. 151.

84) Exercitation. ad Pandect. P. I. Disp. XXVI. Th. 1.

85) *L. 29. §. 1. D. de Verb. Obligat.*

86) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

87) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 304.

hi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero; *sed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivae, si quo fortuito casu pereat, reo, eidemque furi, tanquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin iure dominii rei interitus pertineret ex regulis.* Mehrere glauben sich sogar die Formel *dare oportere* bey der condictione furtiva erklären zu können, ohne von dem eigentlichen Sprachgebrauche abweichen zu dürfen. So sagt z. B. Hotoman [88]). Superest, ut videamus, quo sensu verbum *dandi* in hac actione accipi oporteat. Nam quomodo dominii translationem designaret, cum ea res sit actoris? — Sed intelligendum est, hanc actionem magis *ad litis aestimationem* quam *ad ipsam rem persequendam* valere. Auch Franz Broüs [89]) und Ulrich Huber [90]) beziehen das *dare oportere* bey dieser Klage auf die mittelst derselben zu fordernde Aestimation, weil doch die Klage gewöhnlich darauf gehe, und diese wenigstens nicht Eigenthum des Klägers sey. Indessen bleibt hier immer die Schwierigkeit, wenn die Klage auf die Sache selbst gerichtet wird. Daher will Arnold Vinnius [91]) doch das *dare* hier lieber durch restituere erklären. Unter allen Auslegern hat aber wohl der große Anton Faber [92]) die

88) Commentar. in Institut. ad §. 14. I. de actionib. pag. 446.

89) Exposit. in Iustiin. Institution. ad §. fin. I. de obligat. quae ex delicto nasc. pag. 711.

90) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 23.

91) Commentar. ad §. 14. I. de actionib. nr. 2.

92) Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t.

die Sache am wenigsten getroffen, wenn er sagt: Quamvis fur non fiat dominus rei furtivae, nullam tamen querelae occasionem habet, si ea actione conveniatur, qua conveniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset. Merito igitur condictione tenetur, non illa quidem, quae datur ob turpem vel iniustam causam, quia ex turpi et iniusta illa causa dominus factus, non est sed *speciali condictione*, in eam rem comparata, quae *furtiva* dicitur, ob hoc solum, *quia fieri dominus voluit*. Also weil der Dieb hat Eigenthümer werden wollen, nicht, weil er Eigenthümer geworden ist, wird dem Eigenthümer die condictio furtiva gestattet. Id equidem non est *σοφὸν φάρμακον*, sagt Huber [93]) dabey sehr treffend; nec idonea ratio, cur IUSTINIANUS exceptionem prodiderit celebrem a regula iuris fundamentali, non ex vera iuris ratione, *sed ex opinione furis tam falsa quam malefica*.

§. 838.

Begriff der *condictio furtiva*. Condictio *certi* und *incerti*.

Die *Condictio furtiva* [94]) ist nun eine persönliche, blos persecutorische Klage, welche dem bestohlnen Eigenthümer, und dessen Erben, gegen den Dieb und dessen Erben,

 zuwei-

93) Eunomia Rom. ad L. 1. D. h. t. §. 2. pag. 529.

94) Hin und wieder wird diese Condiction in den Gesetzen auch actio furti genennt. *L. 14. §. 16. L. 52. §. 29. L. 71. D. de furtis. L. 9. D. de in lit. iur. L. 3. §. ult. D. Nautae caup. et stabul.* Sonst sind aber condictio furtiva und actio furtiva ganz verschieden. *L. 7. §. 1. D. h. t.*

zuweilen auch gegen den Gehülfen zusteht, und auf Wiedererstattung der gestohlnen Sache nebst Früchten und Accessionen gerichtet wird [95]). Wir haben hierbey folgendes zu bemerken.

I. Die *condictio furtiva* steht eigentlich nur dem Eigenthümer zu [96]), er sey wirklicher oder prätorischer Eigenthümer, d. i. welcher die ihm gestohlne Sache in gutem Glauben und durch einen gerechten Titel von einem Nichteigenthümer an sich brachte. Denn dieser wird dem wahren Eigenthümer gleich behandelt [97]). Ulpian sagt daher *L.* 1. *D. h. t.* In furtiva re *soli domino* condictio competit; und in der *L.* 14. §. 16. *D. de furtis* setzt er hierin einen Unterschied zwischen der actio furti und der condictio furtiva, daß erstere auch dem Nichteigenthümer zusteht, wenn er sagt: Qualis ergo *furti actio* detur ei, cui res commodata est, quaesitum est? Et puto omnibus,

95) *Io.* STRAUCH Diss. I. de condictione furtiva. *Ienae* 1656. Diss. II. de condictione rei furtivae. *Ibid.* 1669. *Christ.* WILDVOGEL Diss de condictionis furtivae natura et usu hodierno. *Ienae* 1714. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de condictione furtiva. *Erford.* 1729. *And.* CLUDIUS de condictione furtiva. *Lipsiae* 1650. 4. M. LYKLAMA *a* NYHOLT Operae gratuitae de condictione furtiva. *Lugd. Bat.* 1616. Ausserdem sind noch *Fr.* DUARENUS ad Tit. Pand. et Cod. de cond. furt. *Oper* pag. 918. sqq. und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum.* Lib. II. Tract. I. de condictione furtiva repetita Praelect. adv. *Cujacium* pag. 1. sqq. zu vergleichen.

96) S. SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. II. Tr. I. Qu. 6. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 303. *Iul.* PACIUS Legg. conciliat. Centur. IV. Qu. 23. und WILDVOGEL cit. Diss. §. 8.

97) *L.* 136. *D. de div. reg. iuris.*

bus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati, pignorisve accepti [98]), si hae subreptae sint, omnibus [99]) *furti actiones* competere: CONDICTIO *autem ei demum competit, qui dominium habet.* Es wird sogar nicht einmal jedem Eigenthümer diese Klage ohne Unterschied gestattet, sondern nur demjenigen, welcher 1) nicht nur zur Zeit der angestellten Klage Eigenthümer ist, sondern auch schon zur Zeit des geschehenen Diebstahls das Eigenthum der Sache hatte; auch 2) nicht nachher durch eine freywillige Handlung sein Eigenthum aufgegeben, und 3) die gestohlne Sache wirklich im Besitz gehabt hat [100]). Daher kann der Legatar so wenig, als der Erbe, diese Klage anstellen, wenn die Sache, welche dem erstern pure vermacht worden, aus des letztern Gewahrsam entwendet worden ist. Denn der Erbe war hier nicht Eigenthümer, der Legatar aber hatte noch nicht den Besitz

98) Haloander und Baudoza Cestius lesen hier *veluti commodatae, item locatae, pignorisve nomine acceptae.* Fast auf gleiche Art *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLV. Th. 4. Er liefet veluti *commodatae, locatae, pignorive acceptae.*

99) Statt *omnibus* will *Pet.* PITHOEUS ad Collat. Legum Mosaic. et Rom. Tit. VII. §. 5. not. 22. in Beziehung auf furti actiones lieber *omnes* lesen. Es ginge also auf die zu Ulpians Zeiten üblichen actiones furti manifesti, nec manifesti, concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti, welche §. 3. *et* 4. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.* erklärt werden. Ihm stimmt auch *Ant.* SCHULTING c. l. bey.

100) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad *L. 10.* §. 2. et *L. 11. D. h. t. Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLV. Th. 2.

sitz. Daher kann letzter blos die Sache vindiciren, weil mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum auf ihn recta via übergieng. Sed nec legatarius, sagt Paulus L. 11. *D. h. t.* condicere potest. Ei enim competit condictio, *cui res subrepta est*, vel heredi eius. *Sed vindicare rem legatam potest.* Wäre hingegen die Sache unter einer Bedingung vermacht, so kann zwar der Erbe, pendente ea, die condictionem furtivam anstellen. Denn er hat während dieser Zeit das volle Eigenthum der Sache [1]). Es kann auch der Dieb verurtheilt werden, den Werth zu bezahlen, um welchen die Sache hätte verkauft werden können [2]). Allein existirt die Bedingung noch während des Processes, so muß der Dieb von der wider ihn angestellten Klage entbunden werden, weil nun das Eigenthum in der Person des Erben aufgehört hat; und zwar wird angenommen, als ob das Eigenthum durch eine freywillige Handlung des Erben selbst aufgehört hätte. Denn die Handlung des Erblassers, welcher die Sache vermacht hat, wird rechtlich für die Handlung des Erben selbst angesehen; nicht blos darum, weil der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, und mit ihm für eine Person gehalten wird, sondern auch weil der Erbe durch Antretung der Erbschaft mit den Legataren in ein contractähnliches Verhältniß tritt [3]). Alles dieses bestätiget auch Julian, wenn er *L.* 14. *pr. D. h. t.* sagt: Si servus furtivus *sub conditione* legatus fuerit, *pendente ea heres condictionem habebit:* et si lite contestata condictio exstiterit, *absolutio sequi*

1) *L.* 12. §. 2. *D. Familiae ercisc.*

2) S. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν Centur. IV. Qu. 28.

3) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 14. D. h. t. p. 439.

sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condictione liber esse iussus fuisset, et lite contestata conditio exstitisset: nam nec petitoris iam interest hominem recipere, *et res sine dolo malo furis eius esse desiit.* Quod si *pendente condictione* iudicaretur, *iudex aestimare debebit, quanti emtorem invenerit* [4]). Hieraus erklärt sich nun auch, wenn Ulpian sagt *L.* 10. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* Tam diu autem condictioni locus erit, *donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat:* et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. Unde CELSUS *Lib. XII. Digestorum* scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, *heredem ei condicere non posse.* Sed et si non ipsi furi sed alii: idem dicendum est, cessare condictionem, *quia dominium facto testatoris, id est, domini discessit.* War also die Sache schon dem Erblasser entwendet worden, und er hat sie einem Andern nachher pure vermacht, so findet die condictio furtiva nicht Statt. Der Erblasser hätte sie zwar wohl bey seinem Leben anstellen können. Allein seinem Erben steht sie so wenig als dem Legatar zu. Denn das Eigenthum gieng hier nicht auf den Erben, sondern recta via auf den Legatar über, welches denn aber doch derselbe noch nicht zur Zeit des geschehenen Diebstahls hatte, sondern erst nach dem Tode des Erblassers erwarb [5]). Es kann also der Legatar die Sache blos vindiciren. Wenn hingegen das Eigenthum nicht durch eine freywillige Handlung des Eigenthümers aufhört, so bleibt dem Bestohlnen die condictio furtiva unbenommen; z. B. die gestohlne Sache ging durch eine Handlung des Diebes zu Grunde [6]), oder der

4) Man vergleiche hiermit noch die *L.* 52. §. 29. *D. de furtis.*
5) *L.* 64. *D. de furtis.*
6) §. 26. *I. de rer. divis.* S. NOODT ad h. Tit. pag. 303.

der Bestohlne wurde von dem Miteigenthümer zur Theilung aufgefordert. Dies lehrt Ulpian, wenn er *L.* 12. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* sagt: Sed si dominium *non tuo facto* amiseris, condices. In communi igitur re, eleganter ait, interesse, utrum tu provocasti communi dividundo iudicio, an provocatus es: ut si provocasti communi dividundo iudicio, amiseris condictionem, *si provocatus es, retineas.*

Die condictio furtiva steht ferner auch dem Vormunde zu, weil er in Hinsicht der Vermögensverwaltung seines Mündels und Curanden so gut, wie ein Eigenthümer, angesehen wird. Julian sagt *L.* 56. §. 4. *D. de furt.* Quia tutor *domini loco* habetur, et curator furiosi adeo *personam domini sustinet*, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur, *condicere rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt.*

Der Nutznießer hingegen kann diese Klage nicht anstellen, wenn nämlich der Diebstahl an den noch hangenden Früchten geschehen ist. IULIANUS putat, sagt Ulpian *L.* 12. §. 5. *D. de usufr.* quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario *condictionem* competere. Dem Nutznießer wird vor der Perception der Früchte blos die *actio furti* gestattet, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Von dem Pfandgläubiger kann sie jedoch nur als eine *condictio incerti* angestellt werden, wenn ihm das Pfand gestohlen worden ist. NERATIUS libris Membranarum *Aristonem* existimasse refert, heißt es *L.* 12. §. *fin. D. h. t.* eum, cui pignori res data sit, *incerti* condi-

condictione acturum, si ea subrepta est [7]). Diese condictio incerti geht blos auf das Interesse des Pfandgläubigers [8]), welches, wenn der Besitz nicht restituirt wird, bald in dem Ersatz derjenigen Summe besteht, die der Gläubiger dem Verpfänder geborgt hat, bald in der Erstattung desjenigen Werths, den das gestohlne Pfand an sich hat, je nachdem entweder der Gläubiger bey dem Diebstahl außer Schuld ist, oder ihm in Ansehung desselben ein Versehen zur Last fällt; weil er in dem letzten Falle dem Eigenthümer für den Werth stehen muß. In dem ersten Fall hingegen ist der einzige Schade, den der Pfandgläubiger erleidet, die Einbuße seiner Forderung, oder der Sicherheit darüber [9]). Hätte der Schuldner selbst dem Gläubiger das Pfand entwendet, welches man ein *furtum possessionis* [10]) nennt, so geht die condictio incerti nur auf die Summe der Schuld, nebst den Zinsen, ohne dabey auf den Werth des Pfandes weiter Rücksicht zu nehmen [11]).

Man theilt hiernach die condictionem furtivam ein in *condictionem certi* oder *incerti*, je nachdem sie vom Eigenthümer oder dessen Erben auf Wiedererstattung der gestohlnen Sache, oder von einem Nichteigenthümer auf Aestimation des Besitzes oder das Interesse angestellt wird.

7) Man vergleiche noch *L.* 22. *D. de pign. act.* und *L.* 25. §. 1. *D. de furt.*

8) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 12. §. ult. D. h. t.

9) S. Westphals Pfandrecht §. 19. Not. 35.

10) §. 10. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

11) *L.* 87. *D. de furt.*

wird [12]). Ob letztere nur dem Pfandgläubiger, oder auch anderen zusteht, welche die gestohlne Sache nur wegen eines persönlichen Rechts inne hatten, wie z. B. dem Commodatar, dem Miethsmanne, oder wer sonst ein Interesse daran hat, daß ihm die Sache nicht entwendet wurde, ist streitig. So viel ist gewiß, daß allen diesen die actio furti zusteht, wenn sie die gestohlne Sache ihrem Auctor ersetzen müssen, und auch ganz ersetzen können [13]); sie brauchen sogar nicht einmal den Gewinn, den sie durch diese

12) Einige wollen diese Eintheilung verwerffen, als *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Lib. II. Tr. 1. Quaest. 6. *Io.* STRAUCH in Diss. de condict. furtiva. Cap. III. §. 13. sqq. und WILDVOGEL in Diss. de condict. furtivae natura §. 8. Allein man sehe dagegen *Reinh.* BACHOV ab ECHT Tract. de Actionib. Disputat. IV. Th. 23. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IV. Qu. 23. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLV. Th. 2. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. in fin. Selbst *Ant.* FABER hat sich noch nachher in seinen Rational. in Pand. ad L. 12. §. 1. D. h. t. sehr nachdrücklich für diese Meinung erklärt, wenn er sagt: *Est in hoc gravissimus extor veterum omnium interpretum, qui post Accursium et Bartolum negant condictionem hanc incerti speciem esse condictionis furtivae, novamque actionis speciem constituere, quae dicatur condictio incerti.* Vergleiche auch *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. r.

13) *L.* 10. *L.* 11. 12. *L.* 14. §. 2. 10. 12. *et* 16. *D. de furt. L.* 85. *D. eodem. L.* 90. *D. eod.* §. 15. *et* 16. *I. de obligat. quae ex delicto nasc. L.* 114. *D. de div. reg. iur.* S. Schöman's Fragmente aus seinen civilistischen und criminalist. Vorlesungen. I. Jena 1810. §. 4.

diese Klage erhalten haben, dem Eigenthümer zu restituiren [14]). Ob nun aber gleich allen diesen die condictio furtiva dennoch in der schon oben angeführten *L.* 14. §. 16. *D. de furtis* ausdrücklich abgesprochen wird, so meinen doch mehrere Rechtsgelehrte [15]), daß sie jetzt mit dem Pfandgläubiger gleiches Recht hätten. Allein die *L. ult.* §. 3. *Cod. de furt.* worauf man sich beruft, redet ausdrücklich nur von der actione furti. Es ist auch hier nicht gleicher Grund vorhanden, weil durch den Pfandcontract zugleich mit der Detention das ius possessionis übertragen wird, welches in den übrigen oben angeführten Contracten nicht geschieht [16]).

II. Die Condictio furtiva wird gegen den Dieb angestellt, ohne Unterschied, er sey über den Diebstahl ertappt worden oder nicht [17]), wenn nur in jenem Falle die Sache entweder bey dem Diebe durchaus nicht zu finden war, oder dieselbe auf der

14) *L. 6. D. Locati cond. L. ult.* §. 3. *C. de furtis.*

15) *Ant.* FABER Rational. ad L. 12. §. 1. D. h. t. pag. 438. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. *Em.* MERILLIUS Exposit. in L. decision. Iustin. Nr. XIII. §. 3. p. 36. *Ulr.* HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. V. not. h. und Schmidt im Lehrbuche von Klagen und Einreden § 1380.

16) S. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 53. et ad *Eundem* MÜLLER not. $\alpha - \gamma$. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. t.

17) Was fur *manifestus* und *nec manifestus* sey, lehren *L.* 3. 4. 5. 6. 7. et 8. *D. de furt.*

der Stelle von dem Diebe vernichtet worden ist [18]). Daher findet sie auch gegen den Räuber Statt, welcher auch sonst actione vi bonorum raptorum belangt werden kann [19]). Ist dem Diebe die Sache wieder von einem Dritten entwendet worden, so findet die Klage auch gegen den letztern Statt [20]). Hat ein filiusfamilias den Diebstahl begangen, so kann gegen den Vater nur dann geklagt werden, wenn er aus dem Delict seines Sohnes reicher geworden ist, und dann hat gegen den Vater nur die condictio in peculium Statt, der Sohn aber haftet immer für das Ganze [21]). Nie kann also ein anderer mit dieser Klage belangt werden, als der den Diebstahl begangen hat, oder desselben Erbe [22]). Schon als Personalklage betrachtet, findet sie daher gegen den successor singularis nicht Statt [23]). Gegen diesen muß die

18) *L. 10. pr. D. h. t.* Sive manifestus fur, sive nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita demum autem manifestus fur condictione tenebitur, si deprehensa non fuerit a domino possessio eius. Caeterum nemo furum condictione tenetur, posteaquam dominus possessionem apprehendit; et ideo IULIANUS, ut procedat in fure manifesto, tractare de condictione, ita proponit: furem deprehensum aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat.

19) *L. 10. §. 1. D. eodem. L. 2. §. 26. D. de vi bon. raptor.*

20) *L. 76. §. 1. D. de furt.*

21) *L. 5. L. 19. D. h. t. L. 3 §. 12. D. de pecul.* Ohne Grund streitet dagegen *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVIII. Err. 3. Man sehe BACHOV *ab* ECHT Tract. de actionib. Disp. IV. Th. 22.

22) *L. 5. D. h. t.*

23) Das Gegentheil behaupten zwar *Fr.* BROEUS in Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 26. I. de rer. div. n. 3. pag. 225. und *Ian*

die Reivindication, oder die actio publiciana angestellt werden. Ueberall wird jedoch Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt. Gegen einen Unmündigen findet daher die Klage nur dann Statt, wenn er schon eines Dolus fähig ist [24]. Bey den Erben des Diebes kommt es jedoch darauf nicht an. Diese haften schlechterdings ex causa furtiva ihres Erblassers, wenn sie auch noch Kinder oder wahnsinnig seyn sollten. Die Klage wird hier gegen ihre Vormünder angestellt [25]). Ob die condictio furtiva auch gegen den Diebshelfer Statt habe, ist streitig. Soviel ist gewiß, daß ein

Ian. a COSTA in Comm. ad eund. §. Instit. Allein die Worte des §. 26. *I. de rer. div.* Nam extinctae res, licet vindicari non possint, *condici tamen a furibus, et quibusque aliis possessoribus possunt*, sind entweder mit VINNIUS in Comm. ad h. §. nr. 5. von malae fidei possessoribus zu verstehen, welche den Dieben gleich zu achten sind. §. 2. *I. de usucap. L. 3. C. de condict. ex Lege.* oder es ist mit *Eguin.* BARO in Comm. ad I. h. t. und *Ie.* DOUJAT ad *Theophili* Paraphras. graec. Instit. h. l. Tom. I. pag 233. der Reitz. Ausg. anzunehmen, daß hier nicht von der condictione furtiva die Rede sey, sondern von einer andern, welche im Falle der erweislichen Bereicherung auch gegen bonae fidei possessores Statt findet, z. B. condictio sine causa. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß Theophilus in seiner griechischen Pharaphrase blos von der condictio furtiva redet. Man sehe übrigens *de* COCCEJI iur civ. contr. h. t. Qu. 7. und EMMINGHAUS ad Eundem not. b.

24) *L. 23. et 24. D. de furtis.*

25) *L. 2. D. h. t.* Condictioni ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur, cum heredes necessarii exstiterunt: quamvis cum eis agi non possit. Man verbinde damit *L. 2. §. 1. D. de admin. tut. L. 48. §. 1. D. de legat. II.* S. auch FABRI Rational. ad L. 2. h. t.

ein bloßer Rath, ohne thätige Hülfe, nicht geeignet ist, diese Klage gegen denselben zu begründen [26]). Allein sie soll nach *L. 6. D. h. t.* auch nicht einmal gegen den Statt finden, der den Diebstahl durch Rath und That (ope consilio) hat befördern helfen, sondern nur actio furti. Gleichwohl lehrt Paulus ganz das Gegentheil, wenn er *L. 53. §. 2. D. de Verb. Signif.* sagt: Aliud factum est eius, qui *ope*, aliud eius, qui *consilio* furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. Um beyde Gesetzstellen zu vereinigen, sagen einige [27]), zur Begründung der condictio furtiva gegen den Diebshelfer, sey nach *L. 6.* h. t. nur nicht hinreichend, durch Rath und That blos entfernten Theil am Diebstahl genommen zu haben, sondern er müsse nach *L. 53. de V. S.* durch irgend eine äussere Handlung bey der Begehung des Diebstahls selbst Hülfe geleistet haben. Andere [28]) hingegen halten auch das bloße Herbeyschaffen und Anlegen einer Leiter, die Mittheilung der Werkzeuge zum Aufbrechen der Behältnisse u. d. noch nicht für hinreichend, sondern erfordern, daß der Gehülfe an der Handlung der Contrectation selbst müsse Antheil genommen haben, wenn er eben so, wie der Dieb, solle condictione furtiva belangt werden können; z. B. er hat die gestohlnen Sachen in Empfang genommen, oder mit wegtragen helfen, wenn gleich nicht zu seinem, sondern zu des

26) §. 11. *in fin. I. de oblig. quae ex del. nasc.* L. 36. *pr.* *L.* 52. §. 19. und *L.* 54. § 4. *D. de furt.*

27) S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VII. not. c.

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 6. D. h. t. und STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 55.

des Diebes Nutzen. Noch andere [29]) erfordern endlich einen solchen Gehülfen, welcher beym Diebstahl mit gleicher Absicht, als Theilhaber am Gewinn, mitgewirkt habe. Diese letzte Meinung scheint mir den Vorzug zu verdienen. Denn der erstern steht §. 11. *I. de obligat. quae ex del. nasc.* in Verbindung mit *L. 5. et 6. D. h. t.* offenbar entgegen. Es ist aber auch die bloße Theilnahme am Factum der Contrectation nicht genug, weil diese nicht immer eigennützige Absichten, sondern auch Feindschaft gegen den Bestohlnen zum Grunde haben kann; in welchem Falle zwar die actio furti, als eine actio poenalis ex delicto, begründet ist [30]), aber nicht die condictio furtiva, welche auf dem Grundsatz der Billigkeit beruht, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichere. Diese kann folglich anders nicht gegen den Gehülfen Statt finden, als wenn er ein solcher ist, auf welchen der Begriff des Diebstahls paßt [31]).

§. 839.

Grund der Klage. In wiefern hat sie gegen die Erben des Diebes Statt?

Die condictio furtiva setzt immer ein Furtum im

29) KOCH Institut. iur. crim. §. 216. not. 1. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 34. von Quistorp Grundf. des peinlichen Rechts 1. Th. §. 384. Not. 5. besonders KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi 1798. 4.*) §. 8.

30) *L. 50. §. 1. D. de furt.* S. Schömans Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorles. 1. St. §. 5.

31) *L. 15. D. h. t.* GOEDDAEUS in Comm. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Significat. ad L. 53. D. h. t. n. 17. pag. 576.

Sinn des römischen Rechts voraus [32]), welches, als blosses Privatverbrechen gedacht, nicht bloß durch rechtswidrige Contrectation einer fremden beweglichen Sache begangen wird, die eigennützige Absicht gehe nun entweder auf die Substanz der Sache selbst (*furtum rei*), oder nur auf den Gebrauch derselben (*furtum usus*) [33]); sondern welches auch der Eigenthümer selbst begehen kann, wenn er seine Sache aus der nießbräuchlichen, oder Interesse sichernden gerechten Detention eines Andern eigennützig und wissentlich wider dessen Willen entwendet, oder, durch Veräußerung der Sache, die nur diese Detention bezweckende Realklage des Andern (actio hypothecaria) abzuwenden sucht, (*furtum possessionis*) [34]). Ob aber deswegen diese Klage eine actio ex

32) *L. 1. §. 3. D. de furt.* Furtum est *contrectatio* rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel *ipsius rei*, vel etiam *usus eius*, *possessionisve*. S. Kleinschrods Abhandlungen aus dem peinl. Rechte Th. 2. Nr. VIII. und Schömans Fragmente I. §. 3. ff.

33) *L. 16. D. h. t.* Qui furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur. Besonders §. 6. et 7. *I. de obligat. quae ex del. L. 5. §. 8. D. Commod. L. 40. L. 54. pr. L. 76. pr. D. de furt.* S. SCHOTT Diss. de furto usus. *Lipsiae* 1776.

34) Der Eigenthümer begeht ein furtum, wenn er die einem Andern verpfändete, oder nießbräuchlich eingeräumte, oder vermöge eines Retentionsrechts von demselben besessene Sache wider den Willen des Besitzers entwendet. *L. 12. §. 2. L. 15. §. 1. et 2. L. 19. §. 5. L. 20. §. 1. L. 59. L. 66. D. de furt. §. 10. I. de oblig. ex delict.* Ferner wenn er die besonders verpfändete Sache ohne Wissen und Willen des Gläubigers verkauft. *L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. de furt.* oder dem bonae fidei possessor seine Sache entwendet. *L. 20. §. 1. D. eod.* S. GROLMAN's Grunds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 178. not. a.

ex delicto sey, ist streitig [35]). Viele wollen dieses darum läugnen, weil sie nicht infamire, und in der *L.* 10. §. 2. *D. de compensat.* von einer actio ex maleficio nicht undeutlich unterschieden werde. Sie sey also nach dem Beyspiel der übrigen Condictionen auf die natürliche Billigkeit gegründet. Denn **Marcian** leite sie ausdrücklich ex iure gentium her *L.* 25. *D. de act. rer. amot.* Dahingegen halten sie andere [36]) für eine actio ex delicto, und gründen ihre Meinung auf die *L.* 21. §. 5. *et* 6. *D. de act. rer. amotar.* und *L.* 36. *D. de obligat. et act.* Beyde Meinungen lassen sich jedoch füglich vereinigen, wenn man den nächsten Klagegrund von dem entferntern unterscheidet. Daß die römischen Rechtsgelehrten diese Klage nicht unmittelbar aus dem Diebstahle, sondern zunächst aus dem Grundsatze, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe, hergeleitet haben, ist aus den für die erste Meinung angeführten Gründen nicht zu bezweifeln. Allein eben so unläugbar ist es auch, daß der begangene Diebstahl wenigstens als das entferntere Fundament der Klage anzusehen sey [37]). Hieraus sind nun die hier von **Hellfeld** angeführ-

35) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Princ. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disp. XXVI. Th. 2. BACHOV. de Actionib. Diss. IV. Th 21. pag. 155. *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 2. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 34. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2090. u. a. m.

36) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. CUJACIUS Observation. Lib. XIII cap. 37. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 50. STRAUCH Diss. de condict. furtiva. Cap. II. u. a. m.

37) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1030. Not. 3. S. 1060.

geführten besondern Bestimmungen dieser Klage zu erklären. Wegen des nächsten Grundes kann nämlich die Klage auch gegen die Erben Statt finden, und zwar auf das Ganze, und ohne Rücksicht, ob sie etwa aus dem Delict des Erblassers reicher sind oder nicht [38]). Jedoch haftet jeder nur nach dem Verhältniß seines Erbantheils. Cujaz [39]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die Klage gehe anders nicht gegen die Erben des Diebes, als wenn sie entweder noch gegen denselben bey dessen Leben angestellt, und lis contestirt worden, oder die Erben durch den Diebstahl bereichert sind. Allein ganz entscheidend sprechen für unsere Meinung folgende Gesetzstellen. *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, *heredem quoque furis obligat*: nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit. Sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis dicendum est, *condictionem adversus heredem durare.* Quae in herede diximus, eadem erunt et in caeteris successoribus. Ferner *L.* 9. *D. eod.* In condictione ex caussa furtiva *non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur*, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres,

38) *L.* 1. *pr. D. de privat. delict.*

39) Observation. Lib. VII. cap. 37. und Lib. XIII. cap. 37. Allein *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. h. t. und de Erroribus. Pragmat. Dec. LXXVIII. Err. 1. BACHOV Tr. de actionib. Disp. IV. Th. 21. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VII. cap. 3. et Variantium ex *Cujacio* Lib. I. cap. 21. *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 10. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 498.) und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Lib. II. Tract. I. Qu. 9. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

res, *pro ea parte, pro qua heres est, tenetur.* Diesem ist nicht entgegen, wenn in *L.* 6. §. 4. *D. de act. rer. amotar.* gesagt wird: Heres mulieris *ex hac causa* tenebitur, sicut *condictionis nomine ex causa furtiva.* Denn es ist eine unrichtige Voraussetzung, daß die actio rerum amotarum nur in so weit gegen die Erben Statt finde, als dieselben bereichert sind. Beyde Klagen sind hierin einander völlig gleich. *L.* 21. §. 5. *D. eodem.* sagt ausdrücklich: Haec actio, *licet ex delicto nascatur*, tamen *rei persecutionem* continet, sicut et *condictio furtiva.* Daß die actio rerum amotarum nach *L.* 3. §. *ult. D. eodem.* gegen den Vater wegen des Vergehens seiner verstorbenen Tochter nur in so weit gehen soll, als derselbe dadurch reicher geworden ist, steht uns nicht entgegen. Denn dies hat seinen besondern Grund, nämlich weil der Vater die Güter oder die dos profectitia seiner Tochter nicht als Erbe, sondern jure patriae potestatis erhielt; und die *L. ult. Cod. rer. amotar.* worauf man sich besonders beruft, kann sehr wohl so verstanden werden, daß die Erben wegen der von ihrer Erblasserin ihrem Mann entwendeten Sachen nicht als Correalschuldner, sondern nur nach dem Verhältniß dessen, was auf jeden aus der Erbschaft gekommen ist, belangt werden können [40]). Denn da die röm. Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nur nach dem gemeinen Recht sprachen, so sind

40) S. *Io.* VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 4. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. Lib. XXV. Tit. 2. §. 22. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati Spec. I. §. 12. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustr. quosd. Titulos locaque sel. iuris civ. pag. 215. sq. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. Rer. amotar. pag. 455. sqq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et ad Eundem EMMINGHAUS not. z.

sind sie immer, so viel als möglich, dem Pandectenrecht gemäß zu erklären [41]).

Weil die condictio furtiva nach ihrem entferntern Fundament unstreitig aus einem Delict entsteht, so erklärt sich hieraus, warum mehrere, welche den Diebstahl gemeinschaftlich begangen haben, ohne Theilungswohlthat, für das Ganze haften [42]). Da sie jedoch keine Pönalklage ist, so ist es auch ganz natürlich, daß die von dem einem geleistete Erstattung die übrigen von allem weitern Anspruche befreyen müsse [43]). Man sieht nun hieraus auch, warum die Klage nicht infamirt [44]); daher kann sie auch gegen Personen angestellt werden, denen man sonst Achtung schuldig ist [45]).

§. 840. und 841.

Worauf geht die condictio furtiva? Wie ist der Werth der gestohlnen Sache zu bestimmen?

Die condictio furtiva geht auf Zurückgabe der gestohlnen Sache nebst den gezogenen und vernachläßigten Früchten [46]); nicht minder auf Leistung alles übrigen Interesse [47]). Sie kann daher ohne Zweifel auch auf Zinsen gerichtet werden [48]). Hat der Dieb aus der gestohlnen Sache etwas Anderes gemacht, oder verfertigen lassen. z. B. Becher aus dem gestohlnen Silber, oder Most aus den gestohlnen Trauben; so kann auch auf Ausantwortung des

41) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 38.

42) *L. 1. Cod. h. t.*

43) KLEINSCHROD Doctr. cit. Spec. I. §. 9. et 10.

44) *L. 36. D. de obligat. et action.*

45) *L. 3. § 2 D. de act. rer. amotar. L. 52. §. 6. D. de furt.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XVIII. Th. 54. lit. δ nr. IV. V. VI.

46) *L. 8. §. 2. D. h. t. L. 2. Cod. de fruct. et lit. exp.* STRUV Synt. I. C. Exerc. XVIII. Th. 56. et MÜLLER ad Eund. not. β.

47) *L. 3. D. h. t.*

48) S. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Obs. 28. in fin. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bem. 73. S. 243.

des neuen Körpers geklagt werden, ohne daß der Dieb einen Ersatz der darauf verwandten Unkosten erhält [49]); und es kommt wenigstens nach den Gesetzen der Pandecten nicht darauf an, ob der neue Körper wieder in seine vorige rohe Gestalt gebracht werden kann oder nicht [50]). Denn die Veränderung der Gestalt hebt nach der Lehre der Classiker den Mangel der Furtivität nicht [51]). Weil aber doch nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts [52]) der Specifikant, wenn die vorige Gestalt nicht wieder hergestellt werden kann, Eigenthümer des neuen Körpers, und folglich durch eine solche das Eigenthum vernichtende Specification das vitium gehoben wird [53]), so ist nun in einem solchen Falle die Sache, als nicht mehr existirend, zu betrachten, und kann daher nur auf den Werth derselben geklagt werden [54]). Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, der Dieb habe sie nun consumirt, oder veräußert, oder sie sey sonst durch Zufall weggekommen, oder zu Grunde gegangen [55]); so kann der höchste Gemeinwerth mit der condictio furtiva eingeklagt werden, den die Sache von Zeit des begangenen Diebstahls an gehabt hat [56]). Ulpian sagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si ex causa furtiva res condicatur, *cuius temporis aestimatio fiat*; quaeritur? Placet tamen, id *tempus* spectandum, *quo res unquam plurimi fuit*:

49) *L.* 13. *L.* 14. §. 3. *D. h. t.*

50) *L.* 52. §. 14. *D. de furtis.*

51) *L.* 4. §. 20. *D. de usurpat. et usucap.*

52) §. 25. *I. de rer. divis.*

53) S. **Westphals** System des R. R. über die Arten der Sachen rc. §. 730. vergl. mit §. 461. und **Thibaut** über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 22. a. E.

54) §. 26. *I. de rer. div.*

55) *L.* 3. *L.* 8. *pr.* 16. *L.* 20. *D. h. t.* *L.* 2. *Cod. eodem.*

56) Man will behaupten, daß heutiges Tages nur auf Erstattung desjenigen Werths geklagt werden könne, den die gestohlne Sache zur Zeit der Entwendung gehabt hat. S. von **Quistorp** Grds. des peinl. Rechts 1. Th. §. 384. Allein ohne Grund; man vergleiche dagegen **Tittmanns** Handbuch des teutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 429. u. 505.

fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. *Semper enim moram fur facere videtur.* Der Grund hiervon liegt blos darin, weil der Diebstahl in dem Augenblick, in welchem er geschieht, die Verbindlichkeit zur Restitution der Sache begründet [57]) und diese mora tritt auch sogar beym furto usus ein [58]). Uebrigens fällt die condictio furtiva weg, wenn durch Novation die Forderung aus dem Diebstahl aufgehoben worden ist [59]), oder der Dieb durch gehörig geschehenes Anerbieten der gestohlnen Sache, und verweigerte Annehmung derselben von Seiten des Bestohlnen in mora zu seyn aufgehört [60]), oder der Bestohlne seine Sache wieder, oder den Werth dafür erhalten hat [61]). Keinesweges aber fällt sie als solche durch die Bestrafung des Diebes hinweg [62]).

57) *L. ult. D. h. t.* sagt: Qui invito domino rem contrectavit, semper in restituenda, quam nec debuit auferre, moram facere videtur. Da von Anfang dieser Zögerung an auch die Klage gegen den Dieb begründet ist, so erklärt sich daraus L. 2. §. 3. *D. de privat. delict.* welche sagt: Condictio ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. Hier ist nicht von der Zeit der angestellten Klage die Rede, wie *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 11. dieses Fragment irrig erklärt, sondern der Ausdruck *iudicii accipiendi tempus* bezeichnet hier die ganze Zeit, da die Condiction angestellt werden konnte, bis dahin, da sie wirklich angestellt worden ist. S. *Io.* IENSII Strictur. in Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 489. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.

58) S. Schömans Fragmente I. §. 8. S. 31.

59) *L. 17. D. h. t. L. 29. §. 1. D. de Verb. obligat.*

60) *L. 8. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. L. 72. §. 3. D. de solut. Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.

61) *L. 10. pr. L. 14. §. 2. D. h. t.* VOET h. t. §. 8. und Schömans Fragmente I. §. 8. a. E.

62) S. *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Observation. select. ad *Carpzovium.* Quaest. LXXX. Obs. 10. WERNHERI Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 4. nr. 123. und Tittmanns Handbuch des teutschen peinl. Rechts 3. Th. §. 505. S. 364. f.

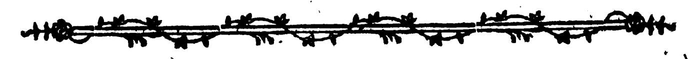
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

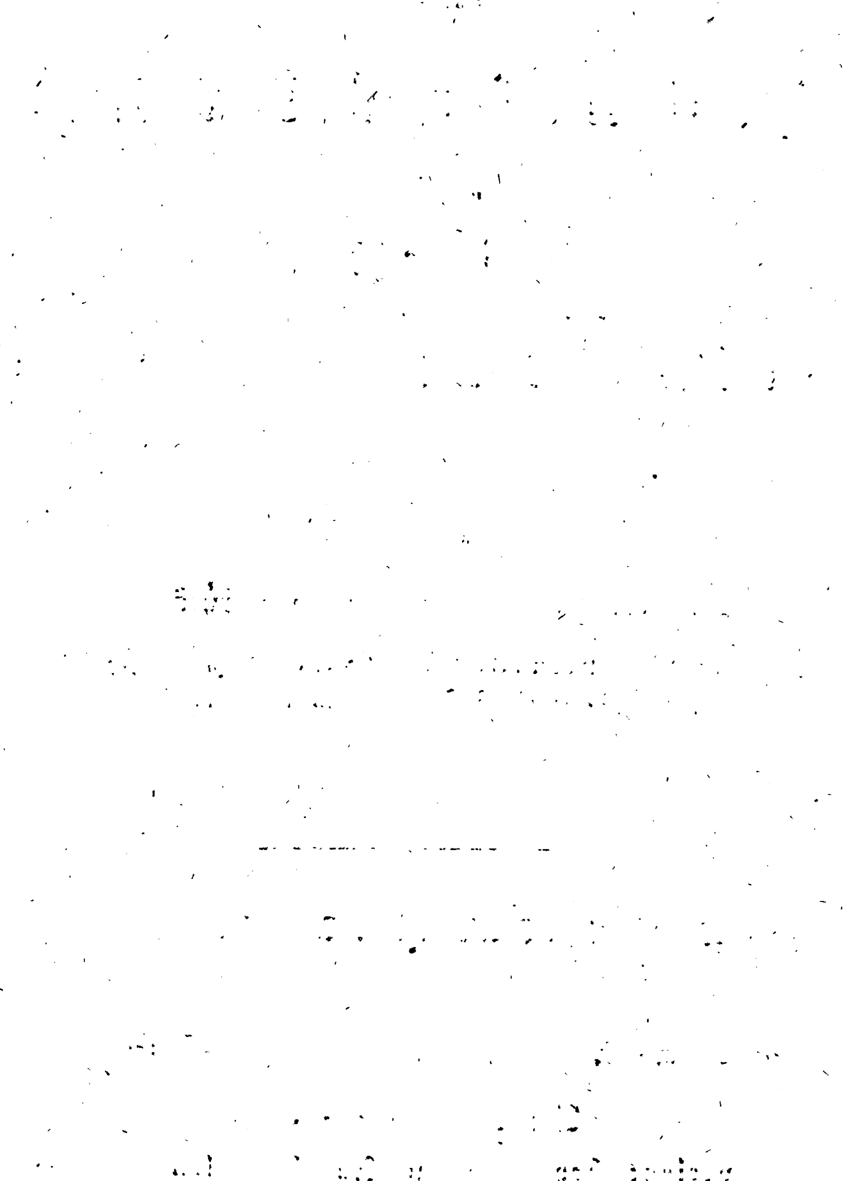
D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1811.



Lib. XIII. Tit. II.

De condictione ex Lege.

§. 842.

Begriff und nähere Bestimmung dieser Condiction.

Alle Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, sind in den Gesetzen mit einem individuellen Namen bezeichnet. Allein die hier zu erklärende *condictio ex Lege* gehört zu den ungenannten Klagen. Die römischen Gesetzgeber waren zwar möglichst darauf bedacht, daß es nicht an einer Klage gegen denjenigen mangeln möchte, der uns aus irgend einem Factum, erlaubten, oder unerlaubten, zu etwas verbunden wäre. Daher waren Klagen für jedes Geschäft mit ihrem Namen und Formel in der römischen Proceßordnung verzeichnet. Schon Cicero [1]) sagte zu seiner Zeit: *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.* Gleichwohl kamen in der Folge viel neue Geschäfte vor, für welche man in dem albo formularum weder Namen noch Klagformel fand. Man denke an die unbenannten Con-

1) Orat. III. *Pro Roscio Comoedo* cap. 8.

Contracte. Hier faßten die römischen Rechtsgelehrten die Klagformel selbst nach den Umständen des ihnen vorgetragenen Factums ab, und solche ungenannte Klagen bezeichnete man mit dem allgemeinen Namen *actiones in factum praescriptis verbis* [2]). Ausserdem wurden in den folgenden Zeiten noch manche andere Handlungen begünstiget, und manchem Vertrage, welcher nach der Strenge des ältern Civilrechts keine Klage wirkte, durch das neuere Recht eine eben so verbindliche Kraft beygelegt, als die Contracte hatten. Wer erinnert sich nicht hierbey an die pacta legitima und praetoria? Man hätte freylich wohl manche unter denselben zu irgend einer Classe von Contracten zählen können; allein sie wurden nach dem System des römischen Rechts doch nur als klagbare Verträge behandelt, weil sie ihre Klagbarkeit erst erhielten, nachdem gleichsam die Zahl der Contracte schon geschlossen war [3]). Die Klage für solche Geschäfte war nun entweder schon namentlich in der neuern Verordnung angegeben, z. B. actio de constituta pecunia, actio hypothecaria; oder sie ist mit keinem individuellen Namen bezeichnet. In diesem Falle wird sie bald *actio in factum*, bald *condictio ex Lege* genennet.

Condictio ex Lege [4]) ist nun also diejenige persönliche Klage, welche ein neues Civilgesetz der Billigkeit wegen

2) L. 1. L. 11. L. 22. D. *de praescript. verb.* L. 6. *Cod. de Transact.* S. MEISTERI Diss. de actionibus in factum. §. 29. et 32. (in *Opuscul.* T. I. pag. 366. seqq.)

3) S. Hugo Civilist. Magazin 1. Band S. 456. f.

4) S. *Io.* STRAUCH Diss. de condictione ex Lege. *Ienae* 1716. *Gottl.* STURM Diss. de pactis legitimis, et condictionibus ex Lege

wegen in einem Falle giebt, wo nach dem alten Civilrecht kein Klagerecht Statt hatte, und die, ohne einen individuellen Namen, blos durch Anführung des Gesetzes, worin sie gestattet ist, bezeichnet wird. Paulus sagt *L. un. D. h. t.* Si obligatio Lege nova introducta sit, nec cautum eadem Lege, quo genere actionis experiamur, *ex Lege agendum est.* Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Die condictio ex Lege gründet sich auf eine obligatio. Sie ist daher, wie jede Condiction, an sich eine persönliche Klage. Eine condictio ex Novella 18. cap. 1. oder ex Nov. 115. cap. 3. et 4. welche einige annehmen wollen, läßt sich mithin nicht gedenken, da in den Fällen, von welchen diese Gesetze reden, vielmehr eine Erbschaftsklage anzustellen ist [5]. Lyncker [6]) behauptet zwar, es könne auch wegen eines dinglichen Rechts eine condictio ex Lege Statt haben. Allein dieses gilt nur dann, wenn das dingliche Recht selbst mit der sonst daraus entstehenden Klage nicht verfolgt werden kann. Hier begründet zuweilen ein neues Gesetz eine Verbindlichkeit zur Entschädigung wider denjenigen, der sich sonst zu des Andern Nachtheil bereichern würde. Ein Beyspiel von einem solchen Falle enthält *L. ult.* §. 6. *Cod. de iure delib.* worin es heißt: Sin vero heredes res hereditarias creditoribus

Lege merito suspectis. *Vitembergae 1754.* und vorzüglich *Io. Ortw.* WESTENBERG De caussis obligationum. Diss. IV. (*Operum a Io. Henr.* IUNGIO editor. Tom. I. pag. 98. sqq.).

5) S. den 7. Theil dieses Commentars §. 550. S. 154. und §. 551. S. 342. f.

6) Analect. ad Pand. h. t. Th. 57.

bus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel *per condictionem ex Lege*, nisi voluerint debitum eis offerre. Es ist hier von den Vortheilen der Rechtswohlthat des Inventars die Rede. Zu diesen gehört, daß der Erbe die Gläubiger aus dem Nachlaß, soweit die Masse reicht, befriedigen kann, und zwar ohne Unterschied, so wie sie sich melden, unbekümmert, ob auch noch andere, mit einem Vorzugsrechte versehene vorhanden sind oder nicht. Es hängt auch ganz von seiner Willkühr ab, ob er die erbschaftlichen Sachen zu ihrer Befriedigung erst zu Gelde machen, oder ihnen diese Sachen gleich selbst an Zahlungs Statt nach einer rechtmäßigen Taxe überlassen will. Die prioritätischen Pfandgläubiger, welche dabey übergangen worden sind, weil sie sich später gemeldet haben, können deshalb keine weiteren Ansprüche an den Erben machen, sondern blos gegen die übrigen Gläubiger klagen, die das Ihrige schon erhalten haben. Zu diesem Zweck steht ihnen bald die *actio hypothecaria*, bald eine *condictio ex Lege* zu. Man unterscheide nämlich, ob die Sachen, worauf ihnen ein vorzügliches Pfandrecht zusteht, bey diesen Gläubigern noch in Natur vorhanden sind, oder nicht. Im ersten Falle klagen sie auf deren Abtretung mit der actio hypothecaria, in dem andern aber, wo die Realklage nicht Statt finden kann, giebt ihnen das Gesetz zu ihrer Befriedigung eine Condiction, so weit die Beklagten durch das, was sie zum Nachtheil der ihnen vorgehenden Pfandgläubiger empfingen, sich reicher befinden, weil doch

diesen

diesen ihr Vorzugsrecht durch die Rechtswohlthat des Inventars nach Recht und Billigkeit nicht vereitelt werden konnte [7]).

2) Die obligatio, worauf sich diese Condiction gründet, muß durch eine Lex nova eingeführt seyn, d. h. es muß einem gewissen Factum, wofür das alte Civilrecht keine Klage gestattete, durch das neue Gesetz die Wirkung beygelegt worden seyn, daß daraus eine obligatio und actio entsteht. Dieses Factum braucht nicht immer ein erlaubtes, auch nicht blos ein pactum legitimum zu seyn, wie Sturm [8]) behauptet; es kann auch zuweilen ein unerlaubtes seyn. Beyspiele hiervon enthalten folgende Gesetzstellen.

a) *L. 27. §. 15. D. ad Leg. Iul. de adulter. coercend.* Si reus vel rea absoluti fuerint: aestimari per iudices Lex damnum voluit; sive mortui fuerint, quantae pecuniae ante quaestionem fuerint; sive vivent, quantae pecuniae in his damnum datum, factumve esset.

7) Man vergleiche *Io.* SICHARDI Praelect. in Cod. Tom. II. ad L. fin. §. *Et si praefatam.* Cod. de iure delib. nr. 7. et 8. pag. 712. sq. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. Lib. VI ad eand. L. fin. §. *Sin autem.* Cod. eod. pag. 94. und *Io. Iac.* WISSENBACH Commentar. in Cod. ad eand. L. ult. Cod. de iure delib. §. 6.

8) Cit. Diss. §. 3. 6. et sqq. Dieser Meinung stehen die *L. fin.* §. 6. *Cod. de iure delib.* und *L. 27. §. 15. et L. 28. D. ad Leg. Iul. de adult. coerc.* entgegen, und es ist gar nicht nöthig, die in beyden Stellen vorkommenden Worte *ex Lege* auszustreichen, oder ihnen einen uneigentlichen Sinn beyzulegen.

L. 27. §. 16. D. eodem. Notandum est, quod capite quidem nono cavetur: *Si servus adulterii accusetur, et accusator quaestionem in eo haberi velit, duplum pretium domino praestare* Lex iubet: at hic simplum.

L. 28. D. eodem. Quod ex his causis debetur, *per condictionem, quae ex Lege descendit,* petitur.

Zu den Beweisen in peinlichen Fällen gehörten bey den Römern auch die durch die Tortur der Sklaven herausgebrachten Bekenntnisse, und zwar konnte der Ankläger verlangen, daß vor allen die Sklaven des Angeklagten durch die Folter zum Bekenntniß gebracht werden musten. Bey einigen Verbrechen fand diese Art, die Wahrheit herauszubringen, auch sogar gegen das Leben ihres Herrn (in caput domini) Statt. Zu diesen Verbrechen gehörte unter andern das adulterium. War dadurch nichts herausgebracht worden, und daher eine Freysprechung des Angeklagten erfolgt, weil sich ein Calumnie des Anklägers ergab; so muste der Ankläger unter andern auch den Schaden ersetzen, wenn die Sklaven durch die Tortur zu Krüppeln gemacht, oder wohl gar das Leben verlohren hatten [9]. Zuweilen konnte der Ankläger auch verlangen, daß ein fremder Sklave auf die Folter gebracht werden sollte. Hier muste aber eigentlich der Ankläger Bürgschaft leisten, daß er den Schaden ersetzen wolle, der durch die Tortur an dem Körper oder Leben des Sklaven dem Herrn desselben zugeführt werden würde [10]. Allein nach der Lex Iulia de adulteriis coercendis war eine solche Cautionsleistung nicht nöthig. Hier war der Herr durch eine condictio ex Lege

9) Vid. Tit. Pand. *de Quaestionibus.* XLVIII. 18.

10) *L. 13. D. de Quaestion.*

Lege sc. *Iulia de adulteriis* gedeckt, vermöge welcher er, wenn der Sklave über ein eigenes Verbrechen war gefoltert worden, den doppelten, wegen eines fremden Verbrechens aber, den einfachen Werth in dem Falle ersetzt verlangen konnte, da er aus Chikane war gefoltert worden [11]).

b) §. 24. *I. de Actionib.* Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera aestimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur: quod *nostra constitutio* introduxit, quae in nostro Codice fulget, ex qua procul dubio est, *ex Lege condictitiam* emanare [12]).

11) *L. 3. Cod. ad Leg. Iul. de adult. L. ult. D. de Calumniat.* *Io. Guil.* HOFFMANN ad Leg. Iul. de adulteriis coercend. Lib. sing. Cap. VII. §. 4. et 5. in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. I. pag. 259. sqq.

12) Die Vulgata lieset hier ganz fehlerhaft: *quam proculdubio certum est, ex lege condictitia emanare.* Die richtigere Leseart, welche Hotoman, Merillius, Otto, und Van de Water haben, wird besonders durch die griechische Paraphrase des Theophilus bestärkt, welche nach Reitz Tom. II. p. 814. so lautet: τὸν γὰρ ex Lege κονδικτίτιον ἀμάχως ἐκ διατάξεως τικτεσθαι συμβαινει. i. e. *Namque ex Lege condictionem sine controversia ex constitutione nasci convenit.* Die Constitution selbst, aus welcher diese Condiction entspringt, ist verlohren gegangen. Sie findet sich nicht einmal in den Basiliken, weil der Kaiser *Constantinus Porphyrogeneta* sie wieder aus-

c) §. 25. *I. eodem.* Item *ex Lege condictitia ex nostra constitutione* oritur [13]), in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam a reis quidquam exegerint.

Seitdem die alte in ius vocatio ausser Gebrauch gekommen war, und die Klagschriften durch Gerichtsdiener (viatores) insinuirt wurden, mußte der Beklagte die Insinuationsgebühren bezahlen, welche nach der Beschaffenheit des streitigen Objekts ein halbes Procent ausmachten. Hatte nun der Kläger wissenlich eine größere Summe in die Klagschrift gesetzt, als er zu fordern hatte, so konnte der Beklagte nach der Verordnung des Kaisers Justinian das zuviel Bezahlte dreyfach von dem Kläger zurückfordern; hatte aber der Gerichtsbote zuviel Sporteln genommen, so muste letzterer nach einer andern Verordnung dasjenige, was er zur Ungebühr sich hatte bezahlen lassen, vierfach zurückgeben. In beyden Fällen hatte eine *condictio ex Lege* Statt.

d) *L. fin. Cod. de revoc. donat.* Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effun-

aufhob, und *Nov. 7. et 8.* eine andere Sportelordnung einführte. S. CUJACIUS Observat. Lib. XII. cap. 22. und VINNIUS in Comm. ad §. 24. I. de action.

13) Die gemeine Leseart: *Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur*, ist offenbar fehlerhaft. S. VINNIUS ad §. 25. I. de act. Die griechische Constitution aus den Basiliken findet sich *L. fin. Cod. de Sportulis.* S. *Ev.* OTTO ad §. 25. I. de action.

effundat, vel manus impias inferat, vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.

Das Gesetz, welches ebenfalls eine Verordnung des Kaisers **Justinian** ist, erlaubt hier eine Schenkung unter den Lebendigen, die sonst unwiederruflich ist, in gewissen bestimmten Fällen wegen gröblicher Undankbarkeit des Donatars zu wiederrufen, ohne deshalb eine besondere Klage namentlich anzugeben. Man nennt daher die Klage *condictio ex L. fin. Cod. de revocand. donat.*

e) *L. 4. Cod. Finium regundor.* Si constiterit, eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse: non solum id, quod male petebat, amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alieni, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus tantum agri modum, quantum adimere tentavit, amittat.

Es ist hier von dem Falle die Rede, da derjenige, welcher einen Grenzscheidungsproceß erregt hatte, während demselben, und ehe noch der Streit entschieden war, den streitigen Acker eigenmächtig in Besitz genommen, und bestellen lassen, nachher aber den Proceß verlohren hat. Hier

kann

kann der gewesene Beklagte nun nach dieser Verordnung des Kaisers Constantin des Großen gegen den gewesenen Kläger dahin klagen, daß er wegen der zu Schulden gebrachten eigenmächtigen Anmassung des streitig gewesenen Ackers eben soviel von seinem eigenthümlichen Grundstück an den jetzigen Kläger abzutreten für schuldig erkannt werde, als er sich von desselben Acker widerrechtlich anzumassen unterfangen hatte. Diese Klage wird genannt condictio ex Lege 4. *Cod. finium regundor* [14]).

Die meisten condictiones ex Lege gründen sich jedoch auf erlaubte Handlungen, und sind entweder solche, die aus den sogenannten pactis legitimis entspringen, oder sie haben andere erlaubte Handlungen zum Grunde. Zu den Condictionen der ersten Art gehören z. B. folgende.

a) *Condictio ex L. 6. Cod. de dot. promiss.* welche nach der Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian auf die Bestellung eines Heyrathsguts aus einem simplen Versprechen desselben angestellt werden kann, wo sonst nur eine Stipulation das Versprechen klagbar machte.

b) *Condictio ex L. 35. §. ult. Cod. de donat.* wegen einer Schenkung unter den Lebendigen, welche nach dieser Verordnung des Kaisers Justinian auch ohne Stipulation eine klagbare Verbindlichkeit wirken soll [15]).

c) *Condictio ex L. 7. D. de nautico foen.* die sich auf das pactum de nautico foenore gründet, wodurch der Gläubiger die Gefahr eines über See geliehenen Kapitals wäh-

14) S. *Gust. Henr.* MYLII Disputat. de condictione ex L. 4. C. Fin. Reg. *Lipsiae 1707.*

15) *Nov. CLXII. Cap. 1. §. 1.*

während der Reise gegen bedungene höhere Zinsen übernimmt, und welches nach diesem Gesetz eben so wirksam seyn soll, als eine Stipulation. Es heißt in dem angeführten Gesetz: In quibusdam contractibus etiam [16]) usurae debentur, *quemadmodum per stipulationem*. Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere [17]).

Zu

16) *Ger.* NOODT Lib. IV. Probabil. cap. 6. et de Foenore et usuris Lib. III. cap. 2. will nach etiam die Worte *ex pacto* ergänzen; allein es ist dies eine sehr gewöhnliche Ellipsis, die jener Correction nicht bedarf, wie schon *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 9. §. 1. erinnert hat.

17) Aus welcher Quelle diese obligatio foenoris nautici herrühre, läßt sich nicht mit Gewißheit bestimmen. *Mart. Hier.* HUDTWALCKER in Diss. de foenore nautico Rom. *Hamburgi 1810.* §. 13. glaubt, sie sey der Billigkeit wegen durch das ius honorarium eingeführt worden. Der Prätor habe also hier eine Klage gestattet. Der Beweis dieser Hypothese wird aus der Inscription geführt, weil nämlich die L. 7. cit. aus ULPIANI *libro 3. ad Edictum* genommen ist. Allein die *L. 7.* ist nicht aus ULPIANI, sondern aus PAULI *libro 3. ad Edictum* genommen. In diesem Buche aber handelte Paulus von den pactis legitimis, wie aus *L. 6. D. de pactis* erhellet, welche ebenfalls aus dem 3. Buche seines Commentars über das Edict entlehnt ist. Er sagt daselbst *Legitima conventio* est, quae Lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur. Das *pactum de nautico foenore* ist also kein pactum praetorium, sondern ein pactum legitimum. Durch welches Civilgesetz aber dieses pactum bestätiget worden sey, ist nicht bekannt. Man sehe übrigens *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis. cap. 13.

Zu den Condictionen der letztern Art gehören

a) *Condictio ex L. 30. Cod. de inoff. testam.* auf Ergänzung des Pflichttheils, von welcher schon an einem andern Orte gehandelt worden ist [18]).

b) *Condictio ex L. 1. Cod. h. t.* welche der Fiskus wegen einer Primipilarschuld zu seiner Deckung gegen den Schuldner seines Schuldners anstellen kann, wenn auch gleich die Schuld desselben noch nicht zahlbar seyn sollte. Das Gesetz, welches eine Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian ist, sagt: Licet ante tempus debita exigi non possint, tamen si te *ex primipilo* [19]) debitorem constitutum fisci, ac patrimonium tuum exhaustum Praeses provinciae compererit; *ut ad solutionis securitatem solum foenebris pecuniae* [20]) *subsidium superesse videatur;* commonebit debitorem tuum, si saltem ipse sit solvendo, *ut ante definitum tempus debita repraesentet: ut fisco, cuius ob necessitates publicas causam potiorem esse oportet, debita pecunia exsolvatur* [21]).

c) *Condictio ex L. ult. §. 1. Cod. de hered. petit.* wodurch derjenige, welcher die Erbschaftsklage anstellte, aber den Pro-

18) S. den 7. Theil dieses Commentars §. 550. S. 142. ff.

19) i. e. ex causa primipilari. Est autem hic *Primipilus*, annona militaris. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de Cohortal. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 305.

20) i. e. pecuniae, quam foenori collocasti.

21) Daß die dem Fiskus in diesem Falle zustehende Klage eine condictio ex h. L. sey, zeigt auch POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. 1. not. b.

Proceß verlohr, von dem Besitzer der Erbschaft Ersatz dessen fordern kann, was er bereits den Erbschaftsgläubigern bezahlt hat. Quodsi petitor victus fuerit, sagt Kaiser Justinian in dem angeführten Gesetz, simili modo a possessore *iudicis officio* [22]) ei satisfiat, vel si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel *ex lege condictione*.

d) *Condictio ex L. ult. Cod. de dotis promiss.* welche sich auf die gesetzliche Verpflichtung des Vaters zur Dotirung seiner Tochter gründet. Kaiser Justinus sagt in dem angeführten Gesetz: *Neque enim Leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.* Da diese Verbindlichkeit dem Vater ursprünglich durch die Lex Iulia de maritandis ordinibus ist auferlegt worden, wie Johann Conrad Sieglitz [23]), und Aemil. Lud. Hombergh zu Vach [24]) ausser allen Zweifel gesetzt haben, so könnte man diese Klage auch *condictio ex Lege Iulia de maritandis ordinibus* nennen, wie sie auch aller Wahrscheinlichkeit nach ursprünglich geheissen haben mag, und weil diese

22) Die Worte *iudicis officio* gehen darauf, daß der Richter, der in der Erbschaftsstreitigkeit spricht, in der Sentenz, in welcher er den Kläger abweißt, zugleich auf dessen Entschädigung für das an Andere von ihm Bezahlte erkennen kann. S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlesung und Eröfnung der Testamente §. 367. a. E.

23) Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi. *Halae 1757.* §. 2. sq.

24) Diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam. *Marburgi 1770.* §. 19.

diese Verordnung nachher nochmals durch eine Constitution der Kaiser **Sever** und **Antonin** bestätiget, und auf die Provinzen ausgedehnt wurde, wie aus *L.* 19. *D. de ritu nupt.* erhellet, so erklärt sich hieraus, was das für *Leges* sind, deren **Justinus** in der oben gedachten Gesetzstelle Erwähnung thut. Unstreitig ist auch

e) die Klage, deren **Scävola** *L. 65. D. Soluto matrimonio* gedenkt, keine andere, als eine *condictio ex Lege Iulia de maritandis ordinibus*, wie **Cujaz**[25]) und **Franz Ramos Del Manzano**[26]) gezeigt haben. Die erwähnte Lex Iulia handelte nämlich unter andern auch von der Manumission eines zum Heyrathsgute gegebenen Sklaven[27]). Hier unterschied man drey Fälle.

α) Die Frau hatte ihrem Manne den servum dotalem zu dem Zweck geschenkt, daß er ihn manumittiren sollte. In diesem Falle durfte der Ehemann seiner Frau wegen dieser Manumission gar nichts vergüten, wenn er sich auch bey der Manumission des Sklaven noch so viele Vortheile ausbedungen hatte[28]).

β) Der Mann hatte den servum dotalem als negotiorum gestor der Frau manumittirt. Hier war die Manumission an sich zwar gültig[29]). Allein der Mann müste

25) Observation. Lib. II. cap. 34.

26) Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 29. (in *Thes. Meermaniano* Tom. V. pag. 493. sq.)

27) *L.* 14. *§. ult. D. de Lege Cornel. de falsis.*

28) *L.* 24. *§.* 4. *L.* 62. *D. Soluto matrim. L.* 7. *§. ult. D. de donat. inter V. et U. L.* 22. *Cod. eodem.*

29) L. 3. *Cod. de iure dot. L. ult. C. de servo pign. dato manum.* L. 3. §. 2. *D. de suis et legitim. heredib.*

ste, was er als Patron durch die Manumission erhielt, der Frau restituiren, auch dasjenige muste er vergüten, was er noch hätte erhalten können, wenn er nicht den Erwerb dolose verhindert hätte [30]. Was er hingegen nicht als Patron, sondern alio iure, von dem Freygelassenen erhielt, durfte er behalten [31]. Die Klage, welche in jenem Falle die Frau anstellen konnte, war die *condictio ex Lege Iulia*.

γ) Der Ehemann hatte den servum dotalem wider den Willen der Frau manumittirt. Hier kam es zuvörderst darauf an, ob der Mann im Stande war, den Sklaven zu bezahlen, oder nicht. In dem letzten Falle war die Manumission ungültig, wenn gleich der Mann sonst keine andern Gläubiger hatte [32]. In dem erstern Falle hingegen ward zwar der Mann Patron des Freygelassenen [33]; allein er mußte hier der Frau alles restituiren, auch was er nicht als Patron durch die Manumission erhalten hatte; jedoch mit dem Unterschiede, daß er dasjenige, was ihm iure patronatus gebührte, noch während der Ehe restituiren mußte, und deshalb *condictione ex Lege Iulia* belangt werden konnte; das Uebrige aber erst nach getrennter Ehe, und zwar mit der *actione dotis*, oder wie sie noch zu den Zeiten der Klassiker hieß, *actione rei uxoriae*. So erklärt sich denn die *L. 65. D. Soluto matrim.* wo Scävola sagt: *Haec actio* (nämlich condictio ex Lege Iulia, oder wie sie

30) *L. 64. §. 5—7. D. Soluto matrim. L. 14. §. ult.* verglichen mit *L. 6. §. ult. D. ad L. Corn. de fals.*

31) *L. 64. §. 3. D. Soluto matrimon.*

32) *L. 21. D. de manumiss. L. 1. Cod. de servo pign. dato manum.*

33) *L. 3. Cod. de iure dot. L. ult. Cod. de servo pign. dato manum.*

sie auch Pothier [34]) nennt, ex Lege Papia) *eciam constante matrimonio mulieri competit;* wenn man damit die *L.* 61. *D. eodem* vergleicht, wo Papinian sagt: Dotalem servum vir *invita uxore* manumisit, heres solus vir a liberto institutus portionem hereditatis, *quam ut patronus consequi potuit ac debuit,* restituere debet; alteram vero portionem, *dotis iudicio:* si modo uxor manumittenti refragatur.

3) Die Verbindlichkeit, welche durch diese Condiction verfolgt wird, muß durch ein neues Civilgesetz eingeführt seyn. Denn ist sie vom Prätor bestätiget, so heißt die Klage nie condictio ex Lege, sondern *actio in factum,* sofern sie mit keinem individuellen Namen bezeichnet ist [35]). Was heißt aber hier *Lex nova?* Fast alle verstehen darunter ein solches Gesetz, welches jünger ist, als die Gesetze der zwölf Tafeln [36]). Diese Erklärung bestätiget auch Paulus *L.* 7. *pr. D. de capit. minut.* Allein Sturm [37]) glaubt, diese Erklärung gehöre gar nicht hieher. Condictiones ex Lege ließen sich nicht denken, bevor nicht das Verzeichniß der Contracte vollendet war, und die pacta legitima eingeführt wurden. *Lex nova* igitur est, sagt er, quae post confectum catalogum contractuum novam actionem personalem, pacto nudo, sine nomine dedit. Allein

34) Pand. Iustin. Tom. II. Tit. soluto matrim. Nr. LXXXVIII.

35) *L.* 11. *D. de praescript. verb.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLV. Th. 9.

36) BACHOV Tr. de actionib. Diss. IV. Th. 12. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. WESTENBERG de caussis obligation. Diss. IV. cap. 1. §. 9. et 10.

37) Diss. cit. de pactis legitimis et condict. ex Lege §. 5.

Allein seine Hypothese, daß condictiones ex Lege nur allein ex pactis legitimis entstünden, worauf sich der Begriff von Lex nova bezieht, ist schon oben widerlegt worden. Aus den vielen bereits angeführten Beyspielen von solchen Condictionen erklärt sich die lex nova von selbst. Meistentheils ist es eine constitutio principis, allein es kann auch zuweilen ein älteres Gesetz, ja sogar ein römisches Comitialgesetz seyn, wovon oben Beyspiele vorgekommen sind. Endlich

4) muß auch das genus actionis, quo experiundum, nicht bestimmt seyn, welches Westenberg [38]) nicht blos von dem Namen, sondern auch von der Natur und Form der Klage versteht.

Nach dem Beyspiel der condictionum ex Lege nimmt man auch, wiewohl nach einer unpaßenden Analogie, *condictiones ex canone*, *ex statuto*, und *ex moribus* an [39]).

Als Beyspiele der erstern Art führt man an

a) *Condictionem ex cap. I. X. de pactis.* Allein diese ist offenbar erdichtet [40]), und beruhet auf der falschen Meinung, als ob die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge durch das canonische Recht sey eingeführt worden, welche aber schon an einem andern Orte widerlegt worden ist [41]).

b) Con-

38) De causis obligation. Diss. IV. Cap. I. §. 12.

39) S. HUBER Praelect. h. t. §. 3. et 4. STRUV Exercit. XVIII. Th. 58. LAUTERBACH Colleg theor. pract. Pand. h. t. §. 9. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1338. et 1339.

40) S. *Io. Ge.* FICHTNERI Diss. de condictione ex canone non debili ex cap. I. et 3. X. de pactis. *Altdorfii 1707.*

41) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 318. S. 281. ff.

b) *Condictionem ex can. Redintegranda* 3. *Cauf. III. Qu.* 1. oder *ex cap.* 18. *X. de restitut. spoliator.* Allein die erste Condiction ist eben so erdichtet, als der Text, woraus man sie herleitet. Denn auch davon abgesehen, daß der canon *Redintegranda* eine von den erdichteten Decretalen ist, wodurch die Pseudisidorsche Sammlung das Ansehen der Erzbischöfe und der Provincialsynoden untergrub, und überdem auf einer falschen Leseart beruhet, wie schon an einem andern Orte bemerkt worden ist [42]); so ist auch von einem neuen Klagrecht, welches in dieser Stelle eingeführt seyn soll, gar nicht die Rede, sondern blos von einer Exception, die dem vertriebenen, oder seines eigenen Vermögens beraubten Bischofe gegen die Anklage vor der Synode zustehen soll, vermöge welcher diese Anklage solange gar nicht Statt haben solle, als nicht derselbe in den Besitz der verlornen Güter wieder eingesetzt ist. In Rücksicht des erlittenen Verlustes aber werden offenbar hier die schon bekannten Rechtsmittel, nämlich das römische Interdict unde vi, und die Reivindication vorausgesetzt [43]). Soviel hingegen die andere *Condictio ex cap.* 18. anbetrift, so begründet zwar der Text hier ohne Zweifel ein neues Klagerecht, in einem Falle, wo das römische Recht ein solches nicht gestattete. Das römische Recht gestattete nämlich die Klage wegen eines gewaltsam verlohrnen Besitzes gegen einen dritten Besitzer selbst denn nicht, wenn dieser Dritte auch von demjenigen, welcher die Gewaltthätigkeit verübt hatte, die Sache bekam, und es wohl wuste, wie der Besitz seines

42) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 181. Not. 88. S. 589.

43) S. Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 50. S. 517. ff.

nes Auctors entstanden war[44]). Diese Strenge des Civilrechts wird nun hier abgeändert, und gegen denjenigen, qui scienter rem spoliatam receperit, eben sowohl, als gegen den Spoliator selbst, eine Klage gestattet. Allein diese Klage ist keine condictio, sondern die bekannte **Spolienklage**. Ein passenderes Beyspiel glaubt

c) **Böhmer**[45]) in den *cap. 2. de pactis in 6to*, und *cap. 26.* und *28. X. de iureiur.* gefunden zu haben, nach welchen ein Geschäft, das nach dem Civilrecht nicht gilt, dennoch alsdann eine Klage wirken soll, wenn es mittelst eines Eides bestärkt worden ist. Er führt das Beyspiel von einer Schenkung unter den Lebendigen an, welche die Summe von 500 Solidis übersteigt, und nicht gerichtlich insinuirt, aber durch einen Eid bestärkt worden ist. Hier müsse mit einer *Condictio ex canone* auf die Erfüllung der Schenkung geklagt werden. Allein schon **Carrach**[46]) hat hier sehr gründlich erinnert, daß es gar nicht nöthig sey, eine solche Condiction aus dem canonischen Recht zu fingiren. Denn erstens ist in den angeführten Texten gar nicht von einem neuen Klagerecht die Rede, sondern es wird nur gesagt, man solle den geleisteten Eid halten, und Handlungen nicht anfechten, die durch einen Eid bekräftiget worden sind, wenn sie gleich das römische Recht für nichtig erklärt. Es ist also vielmehr von einer **Exception** die Rede, welche der auf das Civilrecht gegründeten Nichtigkeitsklage wegen des geleisteten Eides entgegengesetzt wer-

44) *L. 3. §. 10. D. Uti possidetis.* S. von **Savigny** a. a. O. S. 523. f.

45) Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. V. §. 42.

46) Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de Actionib. pag. 268.

werden kann. Zweytens ist ja auch selbst nach dem römischen Recht die Klage wegen einer gerichtlich nicht insinuirten Schenkung über 500. Solidos nicht ganz unstatthaft, weil die Schenkung doch wenigstens bis auf 500. Solidos gilt. Warum sollte also nicht die überhaupt wegen einer Schenkung nach dem römischen Recht zustehende condictio ex Lege auch hier angestellt werden können? Setzt der Beklagte dem Kläger die Einrede entgegen, die Schenkung sey nicht gerichtlich insinuirt, und gelte also nur bis auf 500. Soliden, er habe solchemnach auf ein Mehreres geklagt, als er zu fordern berechtigt sey, (exceptio pluris petitionis) so kann er noch immer in der Replic der vorgeschützten Exception dadurch begegnen, daß er anführt, die Schenkung sey durch einen Eid bekräftiget, und gelte also nach dem canonischen Recht auch ohne gerichtliche Insinuation über 500. Solidos. Es ist aber überhaupt noch die Frage, ob hier der Eid den Mangel der gerichtlichen Insinuation ersetzen könne? Viele läugnen dieses mit allem Recht darum, weil die Insinuation zum Zweck hat, Betrügereyen zu verhüten, und das Interesse dritter Personen zu sichern [47]). Es würde also schon aus diesem Grunde gar nicht rathsam seyn, mit einer condictio ex canone zu klagen. Endlich führt man noch

d) als Beyspiel die *condictio ex cap. 5. X. de raptor.* an, mit welcher gegen die Erben eines verstorbenen Verbre-

47) S. CARPZOV P. II. Const. XII. Def. 14. LUDOVICI Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: *omne iuramentum servandum esse* etc. §. 12. sq. AYRER Diss. de abusu iuramentor. §. 40. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 465. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 903. a. E.

brechers geklagt werden könne, um den Schaden aus der Erbschaft zu ersetzen, soweit dieselbe dazu hinreicht [48]). Es ist aber auch hier nicht nöthig, condictione ex canone zu klagen, da vielmehr die aus dem Delict des Verstorbenen entspringende Klage heut zu Tage nach den Grundsätzen des natürlichen und canonischen Rechts auch gegen die Erben geht, so weit die Erbschaft zureicht [49]); wie bey den einzelnen bereits vorgekommenen Klagen aus Delicten gezeigt worden ist.

Soviel hiernächst die *condictionem ex Statuto* anbetrift, so findet man davon Beyspiele bey **Stryk** [50]) und **Wernher** [51]).

Eine *condictio ex moribus* endlich ist z. B. diejenige Klage, welche nach einem allgemein anerkannten teutschen Gewohnheitsrechte aus einem Vertrage angestellt werden kann, der nach dem römischen Recht, als ein pactum nudum, nicht klagbar seyn würde. Sie wird jedoch auch *actio ex pacto* genennt [52]).

48) S. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. V. §. 43. Not. *) in fin. vergl. mit §. 10. Not. n. p. 402. und **Schmidts** Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1339.

49) S. CARRACHII Adnotat. ad *Boehmeri* Doctr. de actionib. pag. 30. ad §. 9. et pag. 252. ad § 10.

50) Us. mod. Pand. h. t. §. 6.

51) Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 160.

52) S. *Aug. Ben.* CARPZOV Diss. de condictione ex moribus. *Lipsiae 1685. Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de actione ex quocunque pacto moribus data. *Vitemb. 1718.* und **Schmidts** Lehrbuch von Klagen §. 701. ff.

Man vermische übrigens mit der condictio ex Lege nicht eine bloße Imploration des richterlichen Amtes [53]). Denn darunter wird im Sinn des römischen Rechts ein solches Gesuch verstanden, welches in dem Falle vor Gericht geschiehet, da zwar dem Imploranten die Rechtshülfe in den Gesetzen zugesichert wird, allein keine ordentliche und förmliche Klage Statt findet. Z. B. das Gesuch eines Minderjährigen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [54]), ferner das Gesuch um Leistung einer cautio damni infecti [55]). Hier galt es mehr der Form des Processes, als dem Namen und Grunde der Klage. Denn es ward hier nach der römischen Gerichtsordnung nicht so, wie bey den ordentlichen Klagen, ein iudex pedaneus bestellt [56]). Heutzutage aber nennt man Imploration überhaupt das Anbringen der Klage im summarischen Proceß, insbesondere aber auch eine solche Klage, welche auf das natürliche Zwangsrecht in dem Falle gegründet wird, wo zwar kein Civilgesetz die Forderung des Klägers unterstützt, aber doch auch dem natürlichen Rechte in dem unterliegenden Falle durch das Civilrecht seine Kraft nicht entzogen worden ist. Man nennt sonst auch diese Klage actio in factum [57]).

53) *Fried. Alex.* KÜNHOLD Diss. de remedio implorationis officii iudicis. *Lipsiae 1720.* und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

54) *L. 1. pr. D. de Minorib. L. 8. L. 24. §. ult. D. ead.*

55) *L. 4. §. 8. D. de damno inf. L. 5. D. de Verb. oblig.*

56) *Henr.* WAGNERI Meditation. ad. *Boehmeri* Doctrin. de Action. P. I. §. 29. et §. 33.

57) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 1. Th. §. 24. u. §. 57.

Lib. XIII. Tit. III.

De condictione triticiaria.

§. 843.

Begriff, Name und Natur der *condictio triticiaria*.

Die Lehre von der condictione triticiaria gehört unstreitig zu den schwierigsten im römischen Recht [58]). Man ist weder über den Namen, noch über die Natur dieser Klage einverstanden, weil die Fragmente, welche uns darüber aus den Schriften der Klassiker aufbehalten worden, theils sehr mangelhaft, theils aber auch dunckel und widersprechend sind. Der große Gerhard

 Noodt

58) **Von dieser Klage handeln** *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXIII. Err. 1. et 2. Dec. LXXXIV. Err. 4. et sqq. Dec. LXXXV. Err. 1. Dec. LXXXVIII. Err. 9. et 10. Dec. LXXXIX. Err. 1. sqq. *Guil.* MASIUS in Tr. de rei debitae aestimatione. *Lovanii* 1653. 4. P. III. Cap. 1. sqq. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad hunc Tit. Dig. *Operum* pag. 920. *Io.* STRAUCH Diss. de condictione triticaria. *Ienae* 1670. (in Opusc. a *Knorrio* Halae 1729. edit. P. VI. Nr. IV. pag. 775. sqq.) *Io. Car.* van WACHENDORFF Diss. de condictione triticiaria, in *Eiusd.* Dissertation. Triade. *Trajecti ad Rhen.* 1730. 8. Dissertat. II. pag. 201. sqq. und *Io. Ortw.* WESTENBERG de Caussis obligationum Dissertat. VII. Cap. 5. in *Operib. iurid.* a *Iungio* edit. Tom. I. Nr. III. pag. 145. sqq.

Noodt [59]) übergeht daher die Interpretation dieses Titels in seinem Pandecten-Commentar mit dem bescheidenen Bekenntniß, *non adsuetus alios docere, quod ipse non intelligo. Memoria teneo omnia*, sagt er, *de hac condictione tradita a Tituli huius interpretibus, sed expensis omnibus diligenter, adeo nihil probare, mihi permisi: ut contra saepe sim miratus, tam secure tractari actionem, cuius nemo non modo usum, ac nec nomen, ad probabile explicando adduxit, tantum abest, ut quisquam utrumque aut alterum sit ex solido consequutus.* Kein Wunder, wenn diejenigen, welche sich auf eine Erklärung dieser Condiction eingelassen haben, in ihren Theorien sehr von einander abweichen. Nach der gemeinen Behauptung soll zwar die *condictio triticiaria* eine eigene besondere persönliche Klage seyn, mit welcher bey stricti iuris Geschäften, aus denen Jemand dem Kläger irgend eine andere Sache, als eine bestimmte Geldsumme, zu leisten schuldig ist, aber sein Versprechen entweder gar nicht oder nicht zu rechter Zeit erfüllet hat, nun deshalb das Interesse nach richterlichem Ermessen in einem solchen Falle gefordert werden kann, wo die actio ex stipulatu nicht Statt findet [60]). Allein die Gesetze der Pandecten gedenken der stricti iuris Geschäfte bey dieser Condiction mit keiner Sylbe. Daß sie vielmehr auch bey bonae fidei Geschäften Statt haben könne, ist daraus zu ersehen, weil

59) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 305.

60) S. WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 7. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 46. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 943. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1384.

weil nach der Meinung des Servius, welche auch Ulpian [61]) billiget, bey der Bestimmung des Werths der schuldigen Sache, auf die Zeit der Verurtheilung gesehen werden solle. Nun unterscheiden sich eben darin die iudicia bonae fidei und stricti iuris, daß bey den ersten das tempus rei iudicatae, bey den letztern aber das tempus litis contestatae zum Maasstabe der Werthbestimmung genommen wird [62]). Hierzu kommt, daß die condictio triticiaria nach Ulpians [63]) Lehre auch Statt findet, wenn die Verbindlichkeit des Beklagten aus einem Delict herrührt. Andere [64]) sagen daher, sie sey diejenige persönliche Klage, wodurch der Kläger jede ihm schuldige Sache, sie sey bestimmt oder unbestimmt, nur nicht eine bestimmte Geldsumme, von dem Beklagten dergestalt fordern kann, daß, wenn letzterer der richterlichen Sentenz, welche ihm die Restitution oder Ablieferung der Sache auferlegt, keine Folge leistet, er nachher zum Ersatz des Werths verurtheilt werden könne. Aber auch diese Idee ist den Gesetzen nicht gemäß. Denn ist gleich die condictio triticiaria eine actio arbitraria in dem Sinn, daß sie auf den, nach richterlichem Ermeßen, zu bestimmenden Werth der schuldigen Sache geht, so ist es doch unerweislich, daß sie bey den Römern eine vorläufige Sentenz des Richters erfordert habe, ehe der Beklagte zur Erstattung des Werths habe verurtheilt werden können, wie auch schon van Wachendorff [65]) sehr gründlich erinnert hat.

61) *L. 3. D. h. t.*

62) *L. 3. §. 2. D. Commodati.*

63) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

64) S. STRAUCH cit. Diss. Cap. II. Sect. 1. §. 1. et Sect. IV. §. 3.

65) Cit. Diss. Cap. II. §. 7. pag. 257. sq.

hat. Soviel wir durch den Nebel, welcher hier unsern Blick verdunkelt, zu erkennen im Stande sind, so scheint die *condictio triticiaria* keine eigene Hauptklage zu seyn, es scheint vielmehr, diese Benennung nur eine adjectitia qualitas, d. i. einen Beysatz zu bezeichnen, der allen persönlichen Klagen, welche aus einer obligatione dandi entstehen, in dem Falle beygefügt werden kann, da nicht auf die Sache selbst, sondern auf den nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Werth derselben geklagt wird, um durch diesen Beysatz anzuzeigen, daß die Forderung auf etwas Unbestimmtes gerichtet sey. Hierin stimmen auch die berühmtesten sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten überein[66]. Nur bleibt es denn freylich immer räthselhaft, woher diese Benennung entstanden sey. Von einem Urheber oder Erfinder läßt sich wohl dieselbe nicht herleiten. Denn daß es irgend einen **Triticius** bey den Römern gegeben habe, dem man diese Klage zueignen könnte, ist unerweislich. Die römische Familiengeschichte, welche **Ursinus**, **Augustinus** und **Panvinius** mit so großem Fleiß bearbeitet haben, enthält nichts davon. Es ist daher zu verwundern, wie die Hypothese des **Accursius**, der sich den Namen der Klage auf jene Art zu erklären suchte, bey **Duaren**, **Treutler** und **Donell** habe Beyfall finden können. Noch weni-

66) Man sehe *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 39. p. 100. (*Franequerae 1690. 4.*) *Corn. van.* EEK Commentar. de septem damnatis LL. Pandectar. s. crucibus ICtor. Cap. I. §. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et IO. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1749. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. I. §. 270. in fin. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 276.

weniger aber kann, wie **Bartolus** träumte, ein gewisser Mönch **Triticius**, von dem Orden der Minoriten oder Franziskaner, denen es nicht erlaubt ist, Geld zu berühren, der Klage den Namen gegeben haben. Eine Meinung, welche **Wissenbach** [67]) billig unter die *aegrae deliria mentis*, und *quartanae somnia febris* zählt. Richtiger leitet man den Namen der Klage von Triticum her. Doch wie verschieden sind nicht hier wieder die Gedanken der Ausleger! Viele [68]) glauben, mit jenem Worte habe sich das Edict des Prätors angefangen, wodurch die condictio triticiaria sey eingeführt worden. *Triticum, vinum, oleum, frumentum, similisque res, praeter pecuniam numeratam, si petatur, nec exstat: de ea iudicium dabo*: so könnten meinen sie, die Worte des Edicts ohngefähr gelautet haben. Allein wo findet sich denn nur die geringste Spur von einem solchen Edict? Es ist auch schon an einem andern Orte [69]) bemerkt worden, daß die Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, und noch handeln, lauter Civilklagen sind. Eben so wenig ist zu glauben, daß die ominöse Geschichte des schlafenden Midas, welche **Valerius Maximus** [70]) erzählt, den Namen der Klage veranlaßt habe, wie

67) Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVI. Th. 7.

68) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLVI. Th. 1. *Io. Iac.* WISSENBACH c. l. *Vigl.* ZUICHEMUS Praelect. ad rubr. Dig. Si certum petat. nr. 28. *Io. Fried.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 2. *Io.* SCHILTER Exercit. XXIV. ad Dig. §. 56. LYNCKER Analect. ad Dig. h. t. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. u. a. m.

69) S. §. 820. S. 4. des 13. Theils.

70) Lib. I. Cap. 6.

wie Zasius wähnte. Denn, wollte man unter dem Worte *Triticum* alle menschliche Güter und Reichthümer verstehen, so wäre unbegreiflich, warum die condictio triticiaria nicht auf baare Geldsummen gehen solle. Cujaz [71]) will daher vielmehr mit Stephan, dem griechischen Scholiasten, behaupten, daß in der alten Klagformel das Wort triticum gestanden, weil vielleicht derjenige, welcher sich derselben zuerst bediente, auf den Werth einer schuldigen Getraide-Lieferung geklagt habe. Noch viel sinnreicher ist jedoch die Muthmaßung des Voet [72]), dem auch van Wachendorff [73]) beystimmt, nämlich die Provinzialen mußten ehemals, wie Cicero [74]) erzählt, eine gewisse Quantität Getraide an die Republik liefern. Diejenigen nun, welchen es, wegen der zu großen Entfernung von dem Lieferungsorte, zu beschwerlich fiel, das Getraide in Natur zu liefern, baten sich's zur Gnade aus, das Geld dafür bezahlen zu dürfen. Die Ankündigung der Lieferungszeit hieß *condictio triticaria.* Daher sey es denn gekommen, daß wenn in einem gegebenen Falle statt der schuldigen Sache selbst der Werth derselben gefordert wurde, die Klage *condictio triticaria* oder *triticiaria* genennt worden sey. Es kann indessen auch gar wohl seyn, daß Getraidelieferungen der gewöhnliche Fall gewesen, wo diese Condiction angestellet worden, oder daß man die Klage, wie Heineccius [75]) meint,

71) Tract. II. ad Africanum ad L. 23. D. de reb. credit. et in Paratiti. Dig. h. t.

72) Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

73) Diss. cit. Cap. II. §. 4. pag. 245. sq.

74) *Orat. III. in Verrem cap. 82. sq.*

75) Element. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. III. §. 84.

meint, a tritico, tanquam nobilissimo mercium genere, mit dem Namen der *condictio triticiaria* bezeichnet habe.

Um jedoch die Natur dieser Klage näher kennen zu lernen, so sind folgende Sätze zu bemerken.

1) Die *condictio triticiaria* findet in allen Fällen Statt, wo man den Werth einer Sache zu fordern berechtiget ist, welche der Beklagte zu geben oder zu restituiren schuldig war; wenn dieser entweder wegen eines Dolus oder wegen einer Culpa seine Verbindlichkeit gar nicht, oder wegen Verzugs nicht zu gehöriger Zeit erfüllet hat. Die Sache, welche den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, sey eine körperliche oder unkörperliche, eine bewegliche oder unbewegliche, eine fungible, oder nicht fungible. Sie findet nur dann nicht Statt, wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit eine bestimmte Geldsumme ist, weil das Geld keiner weitern Werthbestimmung bedarf, sondern vielmehr selbst der Maasstab ist, wornach der Werth der Dinge bestimmt wird [76]). Sie wird daher der auf eine Geldsumme gerichteten *condictio certi* entgegengesetzt, und von den Practikern scherzweise die Franziskaner Klage genennt [77]). Folgende Stelle aus **Ulpian** ist hier merkwürdig.

L. 1. pr. D. h. t. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *Si certum petetur:* qui autem alias res, per *triticiariam condictionem* petet. Et gene-

76) *L. 3. D. de in litem iur. L. 42. D. de fideiussor. L. 1. D. de contrah. emt.* S. BACHOVII Tr. de Actionib. Disp. IV. Th. 23. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 6.

77) *Io. Ge.* FICHTNER Diss. de Franciscanorum actione. *Altdorfi* 1727. 4.

generaliter dicendum est, *eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam: sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli.* Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit: sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum.

Mehrere Rechtsgelehrten [78]) läugnen zwar, daß die condictio triticiaria gerade auf den Werth der Sache gehe. Sie glauben vielmehr, daß die aus **Ulpian** angeführte Stelle schon selbst einen hinlänglichen Beweis enthalte, daß mit dieser Condiction die schuldige Sache selbst gefordert werde. Ueberdem bringe dies auch schon die Natur aller Klagen mit sich, sie seyen bonae fidei oder stricti iuris, daß wenn die schuldige Sache nicht mehr existirt, statt derselben der Werth gefordert, und dieser auch sogar durch den Eid des Klägers bestimmt werden könne [79]). Allein gienge die Klage auf Leistung der schuldigen Sache selbst, so wäre sie ja eine condictio certi. *Certi* enim *condictio*, sagt **Ulpian** [80]), competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

Nun

78) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. P. I. Dec. LXXXIII. Err. 7. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XLVI. Th. 2. STRAUCH cit. Diss. Cap. II. Sect. III. §. 9. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 41. §. 12. u. a. m.

79) *L.* 5. *§. ult. D. de in litem iur. L.* 3. *§.* 2. *D. Commodati.*

80) *L.* 9. *pr. D. de reb. credit.*

Nun sagt **Paulus** [81]): *Certum* est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. **Ulpian** setzt aber die condictio triticiaria ausdrücklich der condictioni certi entgegen. Daher sind die meisten Rechtsgelehrten [82]) darin einverstanden, daß die condictio T. eine condictio incerti sey [83]). Denn in allen den Fällen, wo die Forderung des Klägers auf das Interesse, oder den Werth der Sache, oder aber auf ein gewisses Recht gerichtet ist, ist immer die Klage eine condictio incerti [84]). Eben daraus, weil die Klage auf den Werth der schuldigen Sache geht, läßt sich auch nur erklären, warum sie keine bestimmte Geldsummen zum Gegenstand haben könne. Es ist auch endlich ganz unrichtig, daß Klagen aus stricti iuris Geschäften auf Leistung des Werths schlechthin gerichtet werden köhnten, wenn die schuldige Sache nicht mehr gegeben werden kann. **Paulus** [85]) lehrt ganz das Gegentheil, und **Marcian** [86]) läßt blos in einem bestimmten Falle den Schä-

81) *L. 6. D. eodem.*

82) CUJACIUS Observat. Lib. VIII. cap. 2. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris. Cap. 49. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 771. sqq. WESTENBERG De caussis obligation. Diss. VII. Cap. 5. §. 17. sqq. WACHENDORFF. cit. Diss. Cap. II §. 7. und besonders *de* COCCEJI de iure civ. controv. h. t. Qu. 1. Nr. III.

83) *L. 12. D. de novation.*

84) *L. 22. §. 1. L. 40. §. 1. L. 65. §. 6. D. de condict. indeb.* L. 3. D. *de condict. sine caus. L. 8. pr. L. 20. D. de condict. furt. L. 75. pr. et §. 1—3. D. de verb. obligat.*

85) *L. 6. D. de iur. in lit.*

86) *L. 5. §. ult. D. eodem.*

Schätzungseid bey stricti iuris Klagen zu. Soviel ist freylich nicht zu läugnen, daß in der Klage die schuldige Sache selbst, so wie bey einer condictio certi, genau bezeichnet werden müsse; und dies ist es, was die *L.* 1. *D. h. t.* nennt, rem per hanc actionem peti. — Fundum per hanc actionem petimus. Allein nicht darum, daß der Beklagte die Sache zu geben verurtheilt werde, welche entweder jetzt gar nicht existirt, oder dem Kläger wenigstens jetzt gar nichts mehr nützt; nein! der ganze Zweck und die Absicht des Klägers geht vielmehr dahin, daß ihm statt der Sache selbst der Werth derselben nach billigem Ermessen des Richters geleistet werde. Daher reden auch die *L.* 3. und 4. *h. t.* bloß von der Bestimmung des Werths [87]).

2) Die Condictio T. entspringt nicht bloß aus stricti iuris Geschäften, sondern sie kann auch aus einer jeden andern obligatio entstehen, vermöge welcher eine gewisse Sache zu prästiren ist, die eine Werthbestimmung zuläßt; die obligatio mag ex contractu, oder quasi ex contractu, oder aus einem Delict entspringen [88]). Daher concurrirt diese Klage auch mit andern Condictionen, sofern es auf Erstattung des Werths einer schuldigen Sache ankommt, ja sogar mit der condictio furtiva [89]).

3) Sie setzt jedoch voraus, daß die Principalklage, welche dem Kläger wegen der Sache selbst, deren Werth nun-

87) S. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 7. pag. 258. in fin. et sq. und EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. not. v. T. II pag. 225.

88) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

89) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

nunmehr gefordert wird, zustand, eine Personalklage sey. Denn kömmt es bey dinglichen Klagen auf den Ersatz des Werths an, so hat die auf die Sache selbst gehende actio in rem Statt [90]).

4) Mit dieser Condiction kann man jedoch in der Regel nicht auf den Werth seiner eigenen Sache klagen. Denn dies erlaubte die bey den Condictionen überhaupt eingeführte Formel: *reum d a r e oportere*, nicht [91]). Es ist aber auch hier der Fall ausgenommen, da dem Eigenthümer eine Condiction gestattet wird. Wo nämlich wegen einer gestohlnen oder geraubten Sache die condictio furtiva angestellet werden kann, da kann auch der Werth derselben, sofern die Sache selbst nicht mehr existirt, mit der condictio triticiaria gefordert werden. Dies lehrt uns Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo er sagt: Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causa, ex quibus potest, veluti *ex causa furtiva*, vel *vi mobili re abrepta*.

5) Da die condictio triticiaria keine ganz neue Klage, sondern nur eine adjectitia qualitas einer andern Hauptklage ist, so nimmt sie auch die Natur und Wirkung derselben an. Daher ist sie bald nach der Natur der bonae fidei, bald der stricti iuris Klagen zu beurtheilen, je nachdem die Hauptklage, mit welcher die schuldige Sache selbst zu fordern gewesen wäre, von dieser oder von jener Art ist [92]). Es muß nur aber immer

6) eine

90) VOET h. t. §. 1.

91) §. 14. *I. de Actionib.*

92) VOET h. t. §. 2.

6) eine gewisse Sache, welche jedoch in keiner bestimmten Geldsumme bestehen darf, den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachen. Denn besteht derselbe gleich anfangs in der Leistung des Werths einer Sache, so findet die condictio triticiaria nicht Statt; weil hier von einer Bestimmung des Werths nach richterlichem Ermessen keine Frage seyn kann, sondern auf denjenigen Werth geklagt wird, welchen die Sache zur Zeit der entstandenen Forderung hatte, ohne Unterschied, das Geschäft sey bonae fidei, oder stricti iuris, der Werth der Sache sey in der Folge gestiegen oder gefallen [93]). Folgende Gesetzstellen werden uns davon überzeugen, welche daher von der condictione triticiaria sorgfältig zu trennen sind.

L. 28. D. de novationib. Fundum Cornelianum stipulatus, *quanti fundus est*, postea stipulor: si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. etc. *In altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit.*

L. 37. D. Mandati. Hominem certum pro te dari fideiussi, et solvi. Cum mandati agatur, *aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet*: et ideo, etiamsi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est.

Derjenige, welcher für die Lieferung eines gewissen Sklaven sich verbürgt hatte, hatte den Sklaven auch wirklich gestellt. Hier konnte die Schadloshaltung des Bürgen blos

93) VOET h. t. §. 3. und *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. I. §. 4. et 5.

blos in dem Ersatz des Werths dieses Sklavens bestehen. Aber nach welchem Zeitpunkt war nun dieser Werth zu bestimmen? Natürlich war hier auf die Zeit zu sehen, da der Bürge den Sklaven für den Schuldner geliefert hatte. Denn erst jetzt entstand seine Forderung gegen den Schuldner, gegen welchen auch nun die actio mandati begründet war.

§. 844.

Auf welchen Zeitpunct hat der Richter bey Schätzung der Sache zu sehen? In wiefern kommt der Ort in Betrachtung?

Da die condictio triticiaria auf den Werth der schuldigen Sache geht, so kommt es nun bey dieser Klage hauptsächlich auf den Zeitpunkt an, nach welchem der Werth der Sache, welche hätte geleistet werden sollen, zu schätzen ist. Es sind hier besonders zwey Gesetzstellen dieses Titels merkwürdig, welche einander aber so entgegen streiten, daß sie uns eine Klippe darstellen, an welcher, wie Cujaz [94]) sich ausdrückt, fast noch jeder Richter, jeder Sachwalter, ja fast jeder Rechtsgelehrte gescheitert ist. Wir wollen versuchen, ob wir den Hafen glücklich zu erreichen im Stande sind. Diese beyden Gesetzstellen lauten folgendermassen.

L. 3. D. h. t. In hac actione si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod SERVIUS ait, *condemnationis tempus* spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, *mortis tempus*, sed ἐν πλάτει, secundum CELSUM erit spectandum. Non enim debet novissimum vitae tempus

 aesti-

94) Tract. ad Africanum VIII. ad. L. 37. D. Mandati.

aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, MARCELLUS scribit lib. 20. habendam aestimationem, *quanto* [95]) *deterior res facta sit.* Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.*

L. 4 D. eodem. Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum: *tanti litem aestimandam*, CASSIUS ait, *quanti fuisset eo die, quo dari debuit.* Si de die nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur.* Idemque iuris in loco esse: ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit: si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod de caeteris rebus iuris est.

Man erstaunet, wie verschieden hier die Meinungen der Rechtsausleger sind, um diese beyden Fragmente des **Ulpians** und **Cajus** mit einander zu vereinigen, wenn man die Schriften und Commentare eines **Cujaz** [96]), **Voet** [97]), **Donell's** [98]), **Anton Fabers**, [99]), **Wilh. Bar=**

95) Unser Erlang. Pandecten-Codex lieset hier richtiger *quanti*, womit auch **Haloander** übereinstimmt.

96) Comm. ad L. 59. D. de Verb. Obligat. et Tract. VIII. ad Africanum L. 37. D. Mandati.

97) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

98) Commentar. ad h. Tit. et LL. citt.

99) Conjecturar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 1. sqq. et de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI. Err. 1. sqq. Dec LXXXIII. et LXXXV. Dec. LXXXVIII. Err. 9. sqq. Dec. LXXXIX. Err. 1 — 3. et ad Codic. Lib. IV. Tit. 2.

Barclay[100]), Merill's[1]), Lyclama van Nyeholt[2]) Vinnius[3]), Charondas[4]), Masius[5]), Joh. Matth. Magnus[6]), Barthol. Chesius[7]), van Wachendorff[8]), Cocceji[9]), Westenberg[10]), Schulting[11]), Julius Pacius[12]), Johann Strauch[13]), Ulrich Huber[14]), Johann Heinrich Berger[15]), Arnold

S 3 Alex.

100) Comm. ad L. 22. D. de reb. credit. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. III. pag. 867. sqq)

1) Observation. Lib. III. cap. 34. et in Comm. ad L. 22. D. de reb. credit. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 677.)

2) De ineunda rei aestimatione, lib. Commentar. ad L. 22. D. reb. credit. *Leoverdiae 1644.* 12.

3) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37.

4) Πειθανῶν s. Verisimil. Lib. I. cap. 12. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 710.)

5) Tract. de rei debitae aestimatione Part. III — V.

6) Ration. et Different. iuris civ. Lib. II. cap. 13. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 315. sqq.)

7) Different. iuris. Cap. 49. et 50. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 771. sqq.

8) Diss. cit. Cap. 2. §. 8. sqq. in *Triad.* pag. 260. sqq.

9) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

10) Princip. iur. sec. ord. Dig. Lib. XII. Tit. I. §. 45—48.

11) Thes. controv. Dec. XLVI. Th. 3. et 4.

12) Ἐναντιοφανῶν s. Legg. Conciliatar. Centur. III. Qu. 72.

13) Dissertat. cit. Cap. III. Sect. II. §. 4. sqq.

14) Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. sqq.

15) Diss. An in contractibus rerum fungibilium ex tempore morae praestanda sit aestimatio maxima. *Vitemb.* 1703.

Alex. Pagenstecher [16]), Fried. Esaias von Pufendorf [17]) und Emminghaus [18]) mit einander vergleicht. Alle die verschiedenen Erklärungen dieser Rechtsgelehrten hier darzustellen, und jede zu prüfen, würde meine Leser ermüden. Die Sache läßt sich weit besser ins Licht setzen, wenn wir die verschiedenen in beyden Fragmenten enthaltenen Fälle von einander absondern, und blos bey den einzelnen Fällen die abweichenden Ideen anderer berühren. Vor allen Dingen ist jedoch zu bemerken, daß hier von einer solchen Schätzung die Rede sey, welche nach dem gemeinen Werth officio iudicis geschiehet. Denn nur bey dieser läßt sich ein gewisser Zeitpunkt zum Maasstabe annehmen. Wir schließen also hier den Fall aus, wo der Werth einer Sache durch den Eid des Klägers bestimmt wird. Denn da in den Fällen, wo das iuramentum in litem Statt findet, der Kläger die ihm schuldige Sache nach seiner Affection und Willkühr schätzen kann, ohne gerade auf den Marktpreiß beschränkt zu seyn [19]); so läßt sich hier kein gewisser Zeitpunkt annehmen, wornach der Preiß bestimmt werden könnte. Mit Recht sagt daher Huber [20]): Quando veram dicimus aestimationem peti, excludimus ab hoc quaesito eam, quae fit per iusiurandum in litem, quae non secundum veritatem, sed pro affectione iurantis instituitur, et quae, cum in infinitum extendi queat, nulla temporis aut modi limitatione restringi pati-

16) Sicilim. ad *Lauterbachium*. Manip. IV.

17) Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 41. §. 14.

18) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. t.

19) *L. 1. L. 4. §. 2. L. 8. D. de litem. iur.*

20) Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

patitur; nec, etsi moderatio iudicis accedere possit, ea ex actis et probatis certo tempore vel modo usquam restricta legitur, sed eius prudentiae committitur. Viele sind zwar dennoch anderer Meinung, und glauben, daß auch selbst in dem Falle, da der Werth der Sache durch den Eid des Klägers zu bestimmen ist, ein gewisser Zeitpunkt zum Maasstabe anzunehmen sey, und zwar soll dieser nach einigen [21]) die Zeit der Verurtheilung seyn, andere [22]) hingegen wollen einen Unterschied gemacht wissen, ob von bonae fidei oder stricti iuris Klagen die Rede sey. In dem ersten Falle soll das tempus rei iudicatae der Zeitpunct seyn, bis zu welchem die Affection steigen kann, welche der Kläger eidlich zu erhärten im Stande ist; in dem letztern aber solle der Kläger bey der eidlichen Bestimmung des Werths der Sache an das tempus litis contestatae, als den Zeitpunkt, gebunden seyn, der nicht überschritten werden dürfe. Allein beyde Meinungen beruhen auf einer unrichtigen Erklärung jenes bekannten Ausspruchs des Ulpians, welcher bey Gelegenheit der actio commodati *L.* 3. §. 2. *D. Commodati* sagt: In hac actione, sicut in caeteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur: et *rei iudicandae tempus*, quanti

21) *Lud.* CHARONDAS Lib. I. Verisimil. cap. 12. *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 3. D. h. t. uno *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 41. §. 14.

22) *Corn. van* ECK Diss. de septem damnatis LL. Pandectar. s. crucibus ICtorum. Cap. I. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib XII. Tit. 1. §. 47. *Arn. Alex.* PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbachium* Manip. IV. und *van* WACHENDORF cit. Diss. Cap. II. §. 16.

ti res sit, observatur: quamvis in stricti[23]) *litis contestatae tempus* spectetur. Denn offenbar ist hier von zwey Fällen die Rede, nämlich erstens, wenn der Werth durch den Eid des Klägers, und zweytens wenn derselbe officio iudicis bestimmt wird, wie daraus ganz deutlich erhellet, weil die Gesetze das *quanti res est*, dem *iurare in litem* ausdrücklich entgegensetzen[24]), bey dem letztern aber ein gewisser Zeitpunkt zum Maasstabe der Schätzung darum unmöglich angenommen werden kann, weil die Gesetze dem Kläger *in infinitum* zu schwören erlauben[25]). Anton Faber[26]) hat diesen Irrthum schon nach Würden gerügt, und ich hoffe keinen Tadel zu verdienen, wenn ich folgende Erklärung dieses großen Civilisten zu der meinigen mache. Quod ait ULPIANUS *d. L.* 3. §. *in hac. D. Commodati* proculdubio sic accipiendum est, ut docere velit, duo esse in actione commodati, in quibus, ut in caeteris omnibus, ea actio conveniat cum aliis bonae fidei iudiciis: quorum unum illud est, quod in ea iuratur in litem, quemadmodum et in aliis, in quibus agit quis ad rem propriam contra dolosum repetendam: Alterum est, quod si quaeratur de re, quae petitur, non ab actore per iurisrandum in litem, sed ab ipso iudice aestimanda, quanti re vera sit, rei iudicandae tempus spectatur, ut in caeteris bonae fidei iudiciis

23) So lieset hier die Florentine. Bauboza hingegen hat in stricti iuris iudiciis. Haloander in stricti iuris; und unser Erlanger Pandecten-Codex in strictis iudiciis.

24) *L. 8. D. de in litem iur.*

25) *L. 4. §. 2. D. eodem.*

26) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. pag. 541.

ciis fieri ſolet, non litis conteſtatae, ut in ſtrictis. In dieſer lebhaften Ueberzeugung wird es daher gewiß Niemand dem großen Rechtsgelehrten verdenken, wenn er an einem andern Ort [27]), wo er ebenfalls vom Würderungseide handelt, ſich auf folgende Art äuſſert: Cum quaerimus de rei debita aeſtimanda per *iusiurandum in litem*, ridiculi et inepti ſumus, ſi quaeramus, an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim aeſtimatio eiusmodi ex adfectione iurantis, cui ſi indulgere legiſlator nollet, non eſſet, cur ei iusiurandum deferre deberet.

Dieſes nun vorausgeſchickt, ſo ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

I) Es iſt der Nichterfüllung der Verbindlichkeit keine mora vorausgegangen, ſondern ſie hat vielmehr in einem Dolus oder Culpa des Verpflichteten ihren Grund, oder es iſt ſonſt eine Urſache vorhanden, weshalb die ſchuldige Sache nicht geleiſtet werden konnte, ohne gerade den Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit zu befreyen. Hier iſt wieder darauf zu ſehen,

1) ob eine Zeit beſtimmt worden, da die ſchuldige Sache geleiſtet werden ſollte, und dann iſt die Sache nach dem Werthe zu ſchätzen, den ſie zu dieſer Zeit hatte, ohne Unterſchied, die Zeit ſey eine gewiſſe, oder eine ungewiſſe, welche einer Bedingung gleichgeachtet wird. Denn ehe und bevor dieſer Leiſtungstermin eingetreten iſt, kann die Sache nicht gefordert werden. Es iſt auch hier gleichviel, ob ein genus oder eine ſpecies den Gegenſtand der Verbindlichkeit

27) De Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVII. Err. 6.

ausmacht. Hierin sind alle römische Rechtsgelehrten einverstanden. Nicht nur **Cajus** lehrt dieses, wenn er *L.* 4. *D. h. t.* sagt: Si merx aliqua, *quae certo die dari debebat*, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem aestimandam, CASSIUS ait, *quanti fuisset eo die, quo dari debuit;* sondern mit ihm stimmen auch **Julian, Celsus, Ulpian** und **Afrikanus**, überein, wie aus folgenden Fragmenten erhellet.

L. 22. *D. de rebus credit.* Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, *cuius temporis aestimatio fieret:* utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? SABINUS respondit, si dictum esset, *quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset.*

L. 11. *D. de re iudicata.* Si Calendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post calendas accepto iudicio, tanti aestimanda lis est, quanti interfuit mea, calendis id fieri: *ex eo enim tempore quicquid aestimatur, quo* [28] *novissime solvi poterit.*

L. 59. *D. de Verbor. Obligat.* Quoties *in diem*, vel *sub conditione* oleum quis stipulatur: eius aestimationem eo tempore spectari oportet, *quo dies obligationis venit:* tunc enim ab eo peti potest: *alioquin alias rei captio erit* [29]).

L. 22.

28) Die Florentine lieset hier unrichtig *quod.*

29) Diese letzteren Worte haben den Auslegern viele Schwierigkeit verursacht. **Franz Hotoman** Quaestion. illustr. libro Qu. XVI. p. 127. will *alioquin alius rei pactio erit* lesen, und nun diesen Worten folgenden Sinn beylegen: Wollte man nicht auf den Zeitpunct sehen, da die Sache vermöge des Contracts gelei-

L. 22. D. de obligat. et act. Cum quis *in diem* mercem stipulatus, fideiussorem accepit: eius temporis aestimatio est praestanda, *quo satis accepit.*

In

geleistet werden sollte, sondern die Zeit der errichteten Stipulation bey Schätzung der schuldigen Sache zum Maasstabe nehmen, so würde der Vertrag auf eine ganz andere Sache gehen, als welche den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht. Allein mit Recht verwirft diese unzeitige Critic von Wachendorf in Triad. Dissertation. pag. 268. Er selbst nimmt die Erklärung des Lyclama van Nyeholt an, welcher in seinem Tr. de ineunda rei aestimatione §. 35. pag. 131. das Wort *alias* in Beziehung auf das vorhergehende tunc durch alio tempore erklärt, und rei captio für acceptio oder adeptio olei nimmt, so wie man sagt captio pignorum, captio honorum. Der Sinn der Worte soll also nach dieser Erklärung der seyn: Die Schätzung der zu einer gewissen Zeit versprochenen Sache muß nach dem Werthe geschehen, den sie zu dieser Zeit hatte. Denn wollte man einen andern Zeitpunct zum Maasstabe nehmen, so würde das eben so viel seyn, als wenn man die Sache zu einer andern Zeit fordern wollte, weil der Werth hier an die Stelle der Sache trete. Allein wer fühlt das Gezwungene bey dieser Erklärung nicht? Das Wort *captio* heißt vielmehr in der Sprache der Klassiker soviel als fraus, oder deceptio. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Captio.* Das *rei* kommt auch nicht her von *res*, sondern *reus*, und geht auf den Promittenten. Der Sinn der Worte Julians kann also wohl kein anderer, als folgender, seyn: Wollte man bey Schätzung der schuldigen Sache einen andern Zeitpunct annehmen, als den, da die Sache hätte geleistet werden sollen, so würde dieses zuweilen dem Schuldner zu großem Nachtheil gereichen, wenn sich's nämlich gerade träfe, daß die Sache zur Zeit des eingetretenen Lieferungstermins einen geringern Werth hätte, als zu einer andern. So erklären diese Stelle auch *Iac.* CUJACIUS in Commentar. ad Tit. Dig.

de

In dieser letzten Stelle ist zwar nicht von dem Schuldner selbst, sondern von dem Bürgen die Rede. Man glaube indessen nicht, als ob bey dem letzteren ein anders Princip Statt finde, als bey dem erstern. Nach den Worten scheint es zwar, als ob bey jenem nicht auf die Zeit der schuldigen Leistung, sondern vielmehr der übernommenen Fidejussion zu sehen sey, besonders wenn man die Basiliken [30]) damit vergleicht, in welchen diese Stelle folgendermaßen lautet: Ἐὰν τις ἐπὶ φορτίῳ πρασίμῳ λάβῃ ἐγγυητήν, ἐκείνου τοῦ καιροῦ ἡ διατίμησις τοῦ φορτίου σκοπεῖται, καθ' ὃν ὁ ἐγγυητὴς προσελήφθη. i. e. *Si quis super merce venali fideiussorem acceperit, illius temporis aestimatio mercis spectatur, quo fideiussor adsumtus fuit.* Allein diese Erklärung würde gegen die bekanntesten Rechtsgrundsätze anstoßen, weil es eines Theils in dem Falle, da der Richter den Werth der schuldigen Sache bestimmt, nie auf die Zeit des Contracts ankommt, andern Theils aber die Verbindlichkeit des Bürgen, als eine blos accessorische, sich immer nach der Hauptverbindlichkeit des Schuldners richtet. Es ist deswegen aber nicht nöthig, die Worte des Fragments zu ändern, und mit Anton Faber [31]) *non quo satis accepit* zu lesen, oder mit Abraham Wieling [32]) die Worte

de Verb. obligat. h. L. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad eund. Tit. et Leg. nr. 9. pag. 239. in fin. und POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLV. Tit. 1. Nr. CIX. not. c. pag. 312.

30) Lib. LII. Tit. 1. Const. 21. in *Ger.* MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pap. 99.

31) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 10. und de Erroribus Pragmaticor. Decad. XVI. Err. 7.

32) Ad. *Iac.* LABITTI Usum indicis Pandect. Cap. III. §. 39. not. q. in *Iurisprud. Restituta* Tom. II. pag. 69.

te per ellipsin zu erklären, als wenn geschrieben wäre: *de quo* oder *pro quo satis accepit.* Noch weniger kann dieses Fragment mit **Johann Voet** [33]), und **Wilhelm Masius** [34]) von der Schadloshaltung des Bürgen mittelst der actio mandati verstanden werden. Es ist vielmehr mit **Cujaz** [35]) und **Janus A Costa**, [36]) dem auch **van Wachendorf** [37]) beystimmt, der Fall anzunehmen, wo der Schuldner, nachdem schon der Termin zur Leistung eingetreten war, morae purgandae causa, einen Bürgen gestellt, und hierdurch eine neue Frist erwirkt hatte. Da hierdurch eine Novation geschiehet, so kann nun freylich nicht mehr auf die verstrichene Zeit, sondern nur auf diejenige gesehen werden, die jetzt dem Schuldner gestattet worden ist. Deswegen geschieht des temporis, quo satis accepit creditor, Erwähnung, nicht als ob gerade die Zeit der übernommenen Bürgschaft den Ausschlag geben sollte, sondern um die Zeit zu bezeichnen, auf welche der Bürge Zahlung zu leisten versprochen hat; und diese ist also die nämliche Zeit, da der Hauptschuldner die versprochene Sache leisten sollte, und darnach ist folglich auch bey dem Bürgen der Werth dieser Sache zu bestimmen. Hierauf läuft auch die Interpretation eines **Doneau** [38]), Barclay

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

34) Tr. de rei debitae aestimatione. P. V. cap. 12.

35) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 22. D. de obligat. et action.

36) Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos Locaque selecta iur. civ. ad L. 22. D. de O. et A. pag. 137. sqq.

37) Cit. Triad. Dissertat. pag. 275.

38) Comm. ad L. 59. D. de Verbor. Oblig. nr. 2. pag. 235. sq.

clay [39]), Charondas [40]), Lyclama van Nyeholt [41]) und Giphan's [42]) hinaus.

So wären denn also in Rücksicht des ersten Falles, wenn nämlich zur Leistung der schuldigen Sache eine bestimmte Zeit war festgesetzt worden, fast die meisten Ausleger auf meiner Seite. Nur Anton Faber [43]) sondert sich durch eine eigene Ansicht von allen andern ab. Dieser glaubt, erstens, wenn die gesetzte Zeit ein dies certus ist, so sey die Sache präcis nach dem Werthe zu schätzen, den sie zu dieser Zeit hatte, und es komme dann nicht weiter darauf an, der Schuldner möge in mora seyn, oder nicht. Ist aber die Zeit ein dies incertus, so unterscheidet er weiter, ob von bonae fidei oder stricti iuris Klagen die Rede ist; bey den letztern nimmt er den einzigen Zeitpunkt der Litis-Contestation zum Maasstabe der Werthbestimmung an, wenn auch übrigens der Beklagte in mora sich befinden sollte; bey den erstern hingegen will er darauf gesehen wissen, ob der Nichterfüllung der Verbindlichkeit eine mora vorausgegangen sey, oder nicht. In jenem Falle soll die Zeit der eingetretenen mora oder der Verurtheilung des Beklagten, je nachdem zu dieser oder jener Zeit der Werth der Sache größer war; in diesem aber die Zeit der Litis-

39) Comm. ad Tit. P. de reb. credit. ad L. 22. h. T. bey OTTO in *Th. Iur. Rom.* Tom. III. pag. 869.

40) Schol. ad Tit. Pand. de Verb. Obligat. ad L. 59. D. h. T. in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 829.

41) Tr. de ineunda rei aestimat. §. 49.

42) Lectur. Altorphin. ad Tit. Pand. de Obligat. et Action. eiusq. L. 22. pag. 580.

43) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 1. sqq. et locc. supr. citt.

Litis-Contestation der entscheidende Zeitpunkt seyn, nach welchem die schuldige Sache geschätzt werden müßte. Allein von diesem Allen enthalten die angeführten Gesetzstellen nach einer richtigen Erklärung derselben nichts, bey den erkünstelten Erklärungen dieses Rechtsgelehrten will ich mich aber nicht weiter aufhalten, da schon **Wilhelm Masius** [44]) diese Meinung ausführlich widerlegt hat.

2) War kein Termin festgesetzt, so scheint es mir nach den darüber sprechenden Gesetzen vor allen Dingen darauf anzukommen,

a) ob ein genus, z. B. Getraide, Wein u. dgl. den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht. Hier ist bey der Bestimmung des Werthes auf die Zeit zu sehen, da die schuldige Sache gerichtlich oder aussergerichtlich von dem Gläubiger gefordert wird, und es kommt hier nicht weiter in Betrachtung, ob die Verbindlichkeit des Schuldners durch einen bonae fidei oder stricti iuris Contract begründet worden ist. Der Grund liegt theils in der Natur der Sache, weil es bey fungiblen Sachen nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekostet hat, sondern blos die Frage davon ist, wieviel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuschaffen, als der Schuldner liefern sollte, aber nicht zu leisten vermochte; theils stimmen auch hierin die Gesetze vollkommen überein. Nicht nur **Cajus** sagt *L. ult. D. h. t.* *Si de die* nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur* [45]); sondern auch **Julian** lehrt *L. 22. D.*

44) Cit. Tract. de rei debitae aestimat. Part. III. sqq.

45) Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß *iudicium accipere* bey dem Beklagten eben das heißt, was *litem contestari* bey

D. de reb. credit. nach Sabinus das nämliche, wenn er sagt: Si dictum non esset, quo tempore redderetur, quanti tunc, *cum petitum esset.* Es ist auch in beyden Stellen von einem genere debito die Rede. Daß dieses Princip aber nur dann gilt, wenn auf Seiten des Schuldners noch keine mora vorhanden war, erhellet aus *L 37. D. Mandati*, wo Afrikan sagt: In stipulatione id tempus spectatur, *quo agitur;* nisi forte, aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet: *etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Es ist zwar eigentlich in diesem Gesetz von einer species debita die Rede, nämlich von einem homine certo. Allein der angeführte Grund, daß Niemand aus seiner mora Nutzen ziehen dürfe, ist allgemein, und lehrt uns, daß hier schlechterdings der Fall des Verzugs auszuschließen sey. Man möchte zwar einwenden, daß der Verpflichtete eben dadurch, wenn er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert wird, in mora versetzt werde. Ja Papinian lehre ausdrücklich *L. 3. pr. D. de Usur.* Quod non facile evenire possit, ut, *mora non praecedente,* perveniatur ad iudicem. Allein daß deswegen doch nicht immer den Schuldner der Vorwurf eines Verzugs treffe, wenn er sich verklagen läßt, sagen klare Gesetze [46]). Denn so lange der Schuldner nicht überzeugt ist,

bey dem Kläger. S. meine Opuscula Fascic. II. pag. 374. not. 84. In den *Basilic.* Tom. III. pag. 572. heißt es ausdrücklich: *πρὸς τὸν καιρὸν τῆς προκατάρξεως*, i. e. *ad tempus litis contestatae.*

46) *L. 21. 22. 23. pr. L. 24. et 47. D. de Usur. L. 63. et 99. D. de div. reg. iuris.*

ist, oder nicht in den Rechten angenommen wird, er sey überzeugt, daß er etwas zu leisten habe, so lange darf er darüber Proceß führen [47]). Nur dann wird der Schuldner durch eine von dem Gläubiger geschehene Interpellation in mora versetzt, wenn man sagen kann, der interpellirte Debitor wolle lieber streiten, d. h. einen nach seiner eigenen Ueberzeugung faulen Proceß führen, als seine Verbindlichkeit erfüllen [48]). Daß hingegen bey der Bestimmung des Werths ein Unterschied zu machen sey, ob ein genus oder eine species den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmache, wird die Folge lehren. Es scheinen zwar die letztern Worte der *L. 4. D. h. t.* zu widerstreiten, welche so lauten: *Quod et de caeteris rebus iuris est.* Allein Cajus redet da, wo er sich dieser Worte bedient, nicht mehr von der Zeit, sondern von dem Orte, auf welchen bey der Bestimmung des Werths einer schuldigen Sache zu sehen sey, wie auch schon Masius [49]) sehr richtig bemerkt hat, ut proinde *Caius* velit, wie sich dieser Rechtsgelehrte ausdrückt, quod non solum in merce spectari debeat locus, quo dari debuit, vel quo peteretur, si de loco nihil convenisset, sed etiam in caeteris rebus. Quare cum diversus sit tractatus, cuius temporis aestimatio spectanda sit, a loci aestimatione, consequens fit, clausulam, quam in loci aestimatione *Caius* obtinere

47) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 40. pr. D. de heredit. petit.* Schöman's Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorlesungen I. §. 13. S. 42. f.

48) *L. 82. §. 1. D. de Verb. Oblig.*

49) Tr. de rei debitae aestimat. P. III. cap. 8. nr. 4. pag. 139. Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th. T

re voluit, non esse ad temporis aestimationem extendendam.

Noch muß ich, ehe ich zu einem andern Falle übergehe, einer besondern Meinung gedenken, welche **Pagenstecher** [50]) und **Berger** [51]) zu vertheidigen suchen. Diese behaupten nämlich, wenn kein Leistungstermin festgesetzt worden, auch der Schuldner nicht in mora sey, so müsse auf die Zeit des Contracts gesehen werden. Allein aus den Gesetzen läßt sich diese Meinung nicht vollkommen rechtfertigen. Denn das Gutachten des **Pomponius** in der *L.* 3. *D. de rebus creditis*, worauf man sich beruft, gehört gar nicht hierher. Es ist darin von der Restitution eines Darlehns die Rede. Diese muß freylich in derselben Art und Güte geschehen, in welcher der Schuldner das Darlehn empfangen hat, der Werth mag unterdessen gestiegen oder gefallen seyn. Dies kann hier nicht in Betrachtung kommen. Ganz anders hingegen verhält es sich, wenn von der Vergütung des Werths einer schuldigen Sache die Rede ist. Dieser steigt und fällt nach Verschiedenheit der Zeit, ohne daß die Güte der Sache dadurch verändert wird. Da nun die Sache im Darlehn consumirt wird, so muß bey dessen Wiedererstattung nothwendig auf die Zeit des Contracts gesehen werden, um zu bestimmen, in welcher Art und Güte dasselbe zu restituiren sey. Eben so wenig beweißt der Ausspruch **Ulpians** in *L.* 41. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* wo er sagt: Quoties in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur. Es erhellet zwar daraus, daß der Gläubiger die schuldige Sache sogleich

50) Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV.

51) Cit. Diss. §. 19. sqq. Vol. II. *Selectar. Dissertation.* p. 1492. sqq.

sogleich zu fordern berechtiget sey, wenn kein Zahlungstermin bestimmt ist; allein daß bey der Bestimmung des Werths derselben blos auf das tempus contractus zu sehen sey, ist daraus nicht erweislich [52]. Noch weniger gehört endlich die *L. 60. D. de V. O.* hierher, wo **Ulpian** sagt: Idem erit, et si Capuae centum olei pondo dari quis stipulatus sit, nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum pervenire potuit. Denn hier ist von keiner obligatio pura die Rede, sondern von einem stricti iuris Contract, dem durch Uebereinkunft der Partheyen ein dies incertus stillschweigend ist beygefügt worden [53]. Dies ist unter andern der Fall, wenn ein Lieferungsort bestimmt worden ist. Denn hierin liegt die stillschweigende Uebereinkunft der Partheyen, daß die Sache in der Zeit geliefert werden soll, da es möglich seyn wird, sie an den bestimmten Ort hinzubringen. **Justinian** lehrt dieses mit ausdrücklichen Worten. §. 5. *I. Verb. Obl.* wo er sagt: Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagine dare spondes? *Quae stipulatio, licet puri fieri videatur, tamen re ipsa* (sc. ex loco ad dandum constituto) *habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.* Et ideo, si quis Romae ita stipuletur, hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio; cum impossibilis sit repromissio. Kein Wunder, wenn nun auch bey Bestimmung des Werths der Sache

T 2 auf

52) S. van WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 11. in *Triad.* pag. 294.

53) DONELLUS in Comm. ad Tit. D. de Verb. Obligat. ad L. 41. h. t. nr. 5—8.

ti res sit, observatur: quamvis in stricti [23]) *litis contestatae tempus* spectetur. Denn offenbar ist hier von zwey Fällen die Rede, nämlich erstens, wenn der Werth durch den Eid des Klägers, und zweytens wenn derselbe officio iudicis bestimmt wird, wie daraus ganz deutlich erhellet, weil die Gesetze das *quanti res est*, dem *iurare in litem* ausdrücklich entgegensetzen [24]), bey dem letztern aber ein gewisser Zeitpunkt zum Maasstabe der Schätzung darum unmöglich angenommen werden kann, weil die Gesetze dem Kläger *in infinitum* zu schwören erlauben [25]). Anton Faber [26]) hat diesen Irrthum schon nach Würden gerügt, und ich hoffe keinen Tadel zu verdienen, wenn ich folgende Erklärung dieses großen Civilisten zu der meinigen mache. „Quod ait ULPIANUS *d. L.* 3. §. *in hac. D. Commodati* proculdubio sic accipiendum est, ut docere velit, duo esse in actione commodati, in quibus, ut in caeteris omnibus, ea actio conveniat cum aliis bonae fidei iudiciis: quorum unum illud est, quod in ea iuratur in litem, quemadmodum et in aliis, in quibus agit quis ad rem propriam contra dolosum repetendam: Alterum est, quod si quaeratur de re, quae petitur, non ab actore per iurisrandum in litem, sed ab ipso iudice aestimanda, quanti re vera sit, rei iudicandae tempus spectatur, ut in caeteris bonae fidei iudiciis

23) So lieset hier die Florentine. Bauboza hingegen hat in stricti iuris iudiciis. Haloander in stricti iuris; und unser Erlanger Pandecten-Codex in strictis iudiciis.

24) *L. 8. D. de in litem iur.*

25) *L. 4. §. 2. D. eodem.*

26) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. pag. 541.

ciis fieri solet, non litis contestatae, ut in strictis. In dieser lebhaften Ueberzeugung wird es daher gewiß Niemand dem großen Rechtsgelehrten verdenken, wenn er an einem andern Ort [27]), wo er ebenfalls vom Würderungseide handelt, sich auf folgende Art äussert: Cum quaerimus de rei debita aestimanda per *iusiurandum in litem*, ridiculi et inepti sumus, si quaeramus, an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim aestimatio eiusmodi ex adfectione iurantis, cui si indulgere legislator nollet, non esset, cur ei iusiurandum deferre deberet.

Dieses nun vorausgeschickt, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I) Es ist der Nichterfüllung der Verbindlichkeit keine mora vorausgegangen, sondern sie hat vielmehr in einem Dolus oder Culpa des Verpflichteten ihren Grund, oder es ist sonst eine Ursache vorhanden, weshalb die schuldige Sache nicht geleistet werden konnte, ohne gerade den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreyen. Hier ist wieder darauf zu sehen,

1) ob eine Zeit bestimmt worden, da die schuldige Sache geleistet werden sollte, und dann ist die Sache nach dem Werthe zu schätzen, den sie zu dieser Zeit hatte, ohne Unterschied, die Zeit sey eine gewisse, oder eine ungewisse, welche einer Bedingung gleichgeachtet wird. Denn ehe und bevor dieser Leistungstermin eingetreten ist, kann die Sache nicht gefordert werden. Es ist auch hier gleichviel, ob ein genus oder eine species den Gegenstand der Verbindlichkeit

27) De Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVII. Err. 6.

ſenſu, quaſi praeciſe illud litis conteſtatae, vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedens, ſpectandum eſſet; *nam ſi mora praeceſſerit*, dubium non eſt, quin fruſtratio moratori, et non alteri obeſſe debeat; ac propterea, ſi inter moram et litem conteſtatam remve iudicatam res pluris valuerit, quam ipſo litis conteſtatae vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore morae ad tempus litis conteſtatae *in ſtricti iuris*, aut rei iudicatae *in bonae fidei iudiciis*, damnandus foret: *L.* 37. *in fin. D. mandati.* *L.* 3. *in fin. D. h. t.* ſic ut *tempus morae* ſit veluti terminus, a quo incipit aeſtimationis ratio haberi; et *tempus litis conteſtatae* vel *rei iudicatae* ſit terminus ad quem. Eben ſo lehren **Vinnius** [72]), **Huber** [73]), **Pothier** [74]), **Böhmer** [75]), **Hofacker** [76]), und **Thibaut** [77]). Allein die oben für den Fall eines auf Seiten des Schuldners vorhandenen Verzugs angeführten Geſetze kennen dieſen Unterſchied nicht. Es iſt auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzuſehen, warum die mora bey ſtricti iuris Geſchäften eine andere rechtliche Wirkung gehabt haben ſollte, als bey denen, welche bonae fidei ſind. Hierzu kommt, daß **Papinian** *L.* 3. §. 1. *D. de Uſuris* ſagt: In his quoque iudiciis, quae non

72) Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 39.

73) Praelect. ad Pand. h. t. §. 7.

74) Pandect. Iuſtinian. T. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LXXXI. not. a. pag. 530.

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 49.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1749.

77) Syſt. des Pand. Rechts. 1. B. §. 103.

non sunt arbitraria, nec bonae fidei, *post litem contestatam actori causa praestanda est* (ohne Zweifel, also auch der an die Stelle der Sache tretende Werth) *in eum diem, quo sententia dicitur.* Noch ausführlicher hat diese Meinung schon **Osius Aurelius** [78]) widerlegt. Nun läßt sich noch

2) der Fall gedenken, da der Gläubiger in mora accipiendi ist. Hier kann er nur den geringsten Werth verlangen, den die Sache seit seiner Zögerung hatte. **Pomponius** sagt *L.* 3. §. 4. *D. de actionib. emti venditi.* Quod si per emtorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, *quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit;* und **Cujaz** [79]) begleitet diese Stelle mit folgendem Commentar: *Haec Lex indicat, si per creditorem mora fuerit, quominus acciperet, utro tempore minoris res fuerit, id tantum consequetur, ut si morae initio minoris fuerit, et pluris litis contestatae tempore, referetur aestimatio ad tempus morae, non ad tempus litis contestatae.* Er schließt mit der allgemeinen Bemerkung: *Et haec non tantum ita procedunt in condictione triticaria ex mutuo, vel ex stipulatu, sed etiam ex causa furtiva, vel rerum amotarum, et ex alia qualibet causa. Constat enim ex omni causa condictionem triticariam dari.*

Da die Preise der Sachen nicht blos nach Verschiedenheit der Zeiten, sondern auch der Orte sehr differiren, so ist bey der Bestimmung des Werths einer schuldigen Sache

78) Dispunctor ad *Merillium*, seu de variantibus *Cujacii* Interpret. Dispunct. XXII. (in *Thes. Otton.* Tom. III pag 751.)

79) Ad *African.* Tract. VIII. ad L. 37. D. Mandati circa fin.

In dieser letzten Stelle ist zwar nicht von dem Schuldner selbst, sondern von dem Bürgen die Rede. Man glaube indessen nicht, als ob bey dem letzteren ein anders Princip Statt finde, als bey dem erstern. Nach den Worten scheint es zwar, als ob bey jenem nicht auf die Zeit der schuldigen Leistung, sondern vielmehr der übernommenen Fidejussion zu sehen sey, besonders wenn man die Basiliken [30]) damit vergleicht, in welchen diese Stelle folgendermaßen lautet: Ἐὰν τις ἐπὶ φορτίῳ πρασίμῳ λάβῃ ἐγγυητήν, ἐκείνου τοῦ καιροῦ ἡ διατίμησις τοῦ φορτίου σκοπεῖται, καθ' ὃν ὁ ἐγγυητὴς προσελήφθη. i. e. *Si quis super merce venali fideiussorem acceperit, illius temporis aestimatio mercis spectatur, quo fideiussor adsumtus fuit.* Allein diese Erklärung würde gegen die bekanntesten Rechtsgrundsätze anstossen, weil es eines Theils in dem Falle, da der Richter den Werth der schuldigen Sache bestimmt, nie auf die Zeit des Contracts ankommt, andern Theils aber die Verbindlichkeit des Bürgen, als eine blos accessorische, sich immer nach der Hauptverbindlichkeit des Schuldners richtet. Es ist deswegen aber nicht nöthig, die Worte des Fragments zu ändern, und mit Anton Faber [31]) *non quo satis accepit* zu lesen, oder mit Abraham Wieling [32]) die Worte

de Verb. obligat. h. L. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad eund. Tit. et Leg. nr. 9. pag. 239. in fin. und POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLV. Tit. 1. Nr. CIX. not. c. pag. 312.

30) Lib. LII. Tit. 1. Const. 21. in *Ger.* MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pap. 99.

31) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 10. und de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVI. Err. 7.

32) Ad. *Iac.* LABITTI Usum indicis Pandect. Cap. III. §. 39. not. q. in *Iurisprud. Restituta* Tom. II. pag. 69.

te per ellipsin zu erklären, als wenn geschrieben wäre: *de quo* oder *pro quo satis accepit*. Noch weniger kann dieses Fragment mit **Johann Voet** [33]), und **Wilhelm Masius** [34]) von der Schadloshaltung des Bürgen mittelst der actio mandati verstanden werden. Es ist vielmehr mit **Cujaz** [35]) und **Janus A. Costa**, [36]) dem auch **van Wachendorf** [37]) beystimmt, der Fall anzunehmen, wo der Schuldner, nachdem schon der Termin zur Leistung eingetreten war, morae purgandae causa, einen Bürgen gestellt, und hierdurch eine neue Frist erwirkt hatte. Da hierdurch eine Novation geschiehet, so kann nun freylich nicht mehr auf die verstrichene Zeit, sondern nur auf diejenige gesehen werden, die jetzt dem Schuldner gestattet worden ist. Deswegen geschieht des temporis, quo satis accepit creditor, Erwähnung, nicht als ob gerade die Zeit der übernommenen Bürgschaft den Ausschlag geben sollte, sondern um die Zeit zu bezeichnen, auf welche der Bürge Zahlung zu leisten versprochen hat; und diese ist also die nämliche Zeit, da der Hauptschuldner die versprochene Sache leisten sollte, und darnach ist folglich auch bey dem Bürgen der Werth dieser Sache zu bestimmen. Hierauf läuft auch die Interpretation eines **Doneau** [38]), **Barclay**

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

34) Tr. de rei debitae aestimatione. P. V. cap. 12.

35) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 22. D. de obligat. et action.

36) Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos Locaque selecta iur. civ. ad L. 22. D. de O. et A. pag. 137. sqq.

37) Cit. Triad. Differtat. pag. 275.

38) Comm. ad L. 59. D. de Verbor. Oblig. nr. 2. pag. 235. sq.

clay [39]), Charondas [40]), Lyclama van Nyeholt [41]) und Giphan's [42]) hinaus.

So wären denn also in Rücksicht des ersten Falles, wenn nämlich zur Leistung der schuldigen Sache eine bestimmte Zeit war festgesetzt worden, fast die meisten Ausleger auf meiner Seite. Nur Anton Faber [43]) sondert sich durch eine eigene Ansicht von allen andern ab. Dieser glaubt, erstens, wenn die gesetzte Zeit ein dies certus ist, so sey die Sache präcis nach dem Werthe zu schätzen, den sie zu dieser Zeit hatte, und es komme dann nicht weiter darauf an, der Schuldner möge in mora seyn, oder nicht. Ist aber die Zeit ein dies incertus, so unterscheidet er weiter, ob von bonae fidei oder stricti iuris Klagen die Rede ist; bey den letztern nimmt er den einzigen Zeitpunkt der Litis-Contestation zum Maasstabe der Werthbestimmung an, wenn auch übrigens der Beklagte in mora sich befinden sollte; bey den erstern hingegen will er darauf gesehen wissen, ob der Nichterfüllung der Verbindlichkeit eine mora vorausgegangen sey, oder nicht. In jenem Falle soll die Zeit der eingetretenen mora oder der Verurtheilung des Beklagten, je nachdem zu dieser oder jener Zeit der Werth der Sache größer war; in diesem aber die Zeit der Litis-

39) Comm. ad Tit. P. de reb. credit. ad L. 22. h. T. bey OTTO in *Th. Iur. Rom.* Tom. III. pag. 869.

40) Schol. ad Tit. Pand. de Verb. Obligat. ad L. 59. D. h. T. in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 829.

41) Tr. de ineunda rei aestimat. §. 49.

42) Lectur. Altorphin. ad Tit. Pand. de Obligat. et Action. eiusq. L. 22. pag. 580.

43) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 1. sqq. et locc. supr. citt.

Litis-Contestation der entscheidende Zeitpunkt seyn, nach welchem die schuldige Sache geschätzt werden müßte. Allein von diesem Allen enthalten die angeführten Gesetzstellen nach einer richtigen Erklärung derselben nichts, bey den erkünstelten Erklärungen dieses Rechtsgelehrten will ich mich aber nicht weiter aufhalten, da schon **Wilhelm Masius**[44]) diese Meinung ausführlich widerlegt hat.

2) War kein Termin festgesetzt, so scheint es mir nach den darüber sprechenden Gesetzen vor allen Dingen darauf anzukommen,

a) ob ein g e n u s, z. B. Getraide, Wein u. dgl. den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht. Hier ist bey der Bestimmung des Werthes auf die Zeit zu sehen, da die schuldige Sache gerichtlich oder aussergerichtlich von dem Gläubiger gefordert wird, und es kommt hier nicht weiter in Betrachtung, ob die Verbindlichkeit des Schuldners durch einen bonae fidei oder stricti iuris Contract begründet worden ist. Der Grund liegt theils in der Natur der Sache, weil es bey fungiblen Sachen nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekostet hat, sondern blos die Frage davon ist, wieviel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuschaffen, als der Schuldner liefern sollte, aber nicht zu leisten vermochte; theils stimmen auch hierin die Gesetze vollkommen überein. Nicht nur **Cajus** sagt *L. ult. D. h. t. Si de die* nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur*[45]); sondern auch **Julian** lehrt *L.* 22. *D.*

44) Cit. Tract. de rei debitae aestimat. Part. III. sqq.

45) Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß *iudicium accipere* bey dem Beklagten eben das heißt, was *litem contestari* bey

D. de reb. credit. nach Sabinus das nämliche, wenn er sagt: Si dictum non esset, quo tempore redderetur, quanti tunc, *cum petitum esset.* Es ist auch in beyden Stellen von einem genere debito die Rede. Daß dieses Princip aber nur dann gilt, wenn auf Seiten des Schuldners noch keine mora vorhanden war, erhellet aus *L* 37. *D. Mandati*, wo Afrikan sagt: In stipulatione id tempus spectatur, *quo agitur;* nisi forte, aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet: *etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Es ist zwar eigentlich in diesem Gesetz von einer species debita die Rede, nämlich von einem homine certo. Allein der angeführte Grund, daß Niemand aus seiner mora Nutzen ziehen dürfe, ist allgemein, und lehrt uns, daß hier schlechterdings der Fall des Verzugs auszuschließen sey. Man möchte zwar einwenden, daß der Verpflichtete eben dadurch, wenn er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert wird, in mora versetzt werde. Ja Papinian lehre ausdrücklich *L. 3. pr. D. de Usur.* Quod non facile evenire possit, ut, *mora non praecedente,* perveniatur ad iudicem. Allein daß deswegen doch nicht immer den Schuldner der Vorwurf eines Verzugs treffe, wenn er sich verklagen läßt, sagen klare Gesetze [46]. Denn so lange der Schuldner nicht überzeugt ist,

bey dem Kläger. S. meine Opuscula Fascic. II. pag. 374. not. 84. In den *Basilic.* Tom. III. pag. 572. heißt es ausdrücklich: *πρὸς τὸν καιρὸν τῆς προκατάρξεως*, i. e. *ad tempus litis contestatae.*

46) *L.* 21. 22. 23. *pr. L.* 24. *et* 47. *D. de Usur. L.* 63. *et* 99. *D. de div. reg. iuris.*

ist, oder nicht in den Rechten angenommen wird, er sey überzeugt, daß er etwas zu leisten habe, so lange darf er darüber Proceß führen [47]. Nur dann wird der Schuldner durch eine von dem Gläubiger geschehene Interpellation in mora versetzt, wenn man sagen kann, der interpellirte Debitor wolle lieber streiten, d. h. einen nach seiner eigenen Ueberzeugung faulen Proceß führen, als seine Verbindlichkeit erfüllen [48]. Daß hingegen bey der Bestimmung des Werths ein Unterschied zu machen sey, ob ein genus oder eine species den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmache, wird die Folge lehren. Es scheinen zwar die letztern Worte der *L. 4. D. h. t.* zu widerstreiten, welche so lauten: *Quod et de caeteris rebus iuris est.* Allein Cajus redet da, wo er sich dieser Worte bedient, nicht mehr von der Zeit, sondern von dem Orte, auf welchen bey der Bestimmung des Werths einer schuldigen Sache zu sehen sey, wie auch schon Masius [49] sehr richtig bemerkt hat, ut proinde *Caius* velit, wie sich dieser Rechtsgelehrte ausdrückt, quod non solum in merce spectari debeat locus, quo dari debuit, vel quo peteretur, si de loco nihil convenisset, sed etiam in caeteris rebus. Quare cum diversus sit tractatus, cuius temporis aestimatio spectanda sit, a loci aestimatione, consequens fit, clausulam, quam in loci aestimatione *Caius* obtinere

47) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 40. pr. D. de heredit. petit.* Schömann's Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorlesungen I. §. 13. S. 42. f.

48) *L. 82. §. 1. D. de Verb. Oblig.*

49) Tr. de rei debitae aestimat. P. III. cap. 8. nr. 4. pag. 139. Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th.

re voluit, non esse ad temporis aestimationem extendendam.

Noch muß ich, ehe ich zu einem andern Falle übergehe, einer besondern Meinung gedenken, welche **Pagenstecher** [50]) und **Berger** [51]) zu vertheidigen suchen. Diese behaupten nämlich, wenn kein Leistungstermin festgesetzt worden, auch der Schuldner nicht in mora sey, so müsse auf die Zeit des Contracts gesehen werden. Allein aus den Gesetzen läßt sich diese Meinung nicht vollkommen rechtfertigen. Denn das Gutachten des **Pomponius** in der *L.* 3. *D. de rebus creditis*, worauf man sich beruft, gehört gar nicht hierher. Es ist darin von der Restitution eines Darlehns die Rede. Diese muß freylich in derselben Art und Güte geschehen, in welcher der Schuldner das Darlehn empfangen hat, der Werth mag unterdessen gestiegen oder gefallen seyn. Dies kann hier nicht in Betrachtung kommen. Ganz anders hingegen verhält es sich, wenn von der Vergütung des Werths einer schuldigen Sache die Rede ist. Dieser steigt und fällt nach Verschiedenheit der Zeit, ohne daß die Güte der Sache dadurch verändert wird. Da nun die Sache im Darlehn consumirt wird, so muß bey dessen Wiedererstattung nothwendig auf die Zeit des Contracts gesehen werden, um zu bestimmen, in welcher Art und Güte dasselbe zu restituiren sey. Eben so wenig beweißt der Ausspruch **Ulpians** in *L.* 41. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* wo er sagt: Quoties in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur. Es erhellet zwar daraus, daß der Gläubiger die schuldige Sache sogleich

50) Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV.

51) Cit. Diss. §. 19. sqq. Vol. II. *Selectar. Dissertation.* p. 1492. sqq.

sogleich zu fordern berechtiget sey, wenn kein Zahlungstermin bestimmt ist; allein daß bey der Bestimmung des Werths derselben blos auf das tempus contractus zu sehen sey, ist daraus nicht erweislich [52]. Noch weniger gehört endlich die *L. 60. D. de V. O.* hierher, wo **Ulpian** sagt: Idem erit, et si Capuae centum olei pondo dari quis stipulatus sit, nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum pervenire potuit. Denn hier ist von keiner obligatio pura die Rede, sondern von einem stricti iuris Contract, dem durch Uebereinkunft der Partheyen ein dies incertus stillschweigend ist beygefügt worden [53]. Dies ist unter andern der Fall, wenn ein Lieferungsort bestimmt worden ist. Denn hierin liegt die stillschweigende Uebereinkunft der Partheyen, daß die Sache in der Zeit geliefert werden soll, da es möglich seyn wird, sie an den bestimmten Ort hinzubringen. **Justinian** lehrt dieses mit ausdrücklichen Worten. §. 5. *I. Verb. Obl.* wo er sagt: Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagine dare spondes? *Quae stipulatio, licet puri fieri videatur, tamen re ipsa* (sc. ex loco ad dandum constituto) *habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.* Et ideo, si quis Romae ita stipuletur, hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio; cum impossibilis sit repromissio. Kein Wunder, wenn nun auch bey Bestimmung des Werths der Sache

 auf

52) S. van WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 11. in *Triad.* pag. 294.

53) DONELLUS in Comm. ad Tit. D. de Verb. Obligat. ad L. 41. h. t. nr. 5—8.

auf diese von den Partheyen stillschweigend beygefügte Zeit Rücksicht genommen werden soll.

b) Ist die schuldige Sache eine Species, so ist wieder zu unterscheiden.

α) Die Verbindlichkeit entstand aus einem *stricti iuris* Contract. Auch hier soll nach dem Ausspruch eines Ulpianus, Afrikanus und Papinians auf den Werth gesehen werden, welchen die Sache zu der Zeit hat, da sie gefordert oder lis contestirt wird. Meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, sagt Papinian *L.* 28. *D. de novat.* praesens aestimatió, fundo petito, recte consideretur; und Afrikan, welcher von einem solchen Falle handelt, wo ein homo certus den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachte, auf dessen Werthbestimmung es ankam, giebt die Regel *L.* 37. *D. Mandati:* In stipulatione id tempus spectatur, *quo agitur*, und dieses bestätiget noch insonderheit Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. Commodati*, wenn er sagt: Quanti res sit, in strictis iudiciis *litis contestatae tempus* spectetur. Der Grund hiervon liegt, wie Cujaz [54]) mit Recht bemerkt, in der eigenen Natur der stricti iuris Klagen, von welcher ich schon an einem andern Orte [55]) gehandelt habe.

β) Rührt hingegen die Verbindlichkeit aus einem bonae fidei Geschäft her, so sieht man auf die Zeit, da der Beklagte verurtheilt wird. Der Ausspruch Ulpians *L.* 3. §. 2. D. *Commodati:* In bonae fidei iudiciis *rei iudicandae tempus*, quanti res sit, observatur, läßt hierüber keinen

54) Comm. ad L. 59. D. de Verb Obligat. ad verb. *Rei.*

55) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 310. S. 251. ff.

keinen Zweifel übrig. Wäre jedoch die Sache zu Grunde gegangen, so kommt es auf den Werth an, den sie zur Zeit ihres Untergangs hatte, weil hier der Richter die Sache, welche zur Zeit der Verurtheilung nicht mehr existirt, auch nicht zu schätzen im Stande ist. Es läßt sich dieses auch aus den Worten des **Ulpians** *L.* 3. *D. h. t.* schliessen, wo er sagt: Si vero desierit esse in rebus humanis, *mortis tempus* erit spectandum. Es versteht sich jedoch, daß der Verpflichtete an dem Untergange der Sache Schuld seyn müsse. **Pomponius** bemerkt dieses auch ausdrücklich, wenn er *L.* 23. *D. de Verb. Obl.* sagt: Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, *quam si per te steterit, quominus, vivo eo, eum mihi dares:* quod ita fit, si aut interpellatus non dodisti, *aut occidisti eum.* Den Grund dieses Unterschiedes zwischen bonae fidei und stricti iuris Geschäften erklärt **Joh. Matth. Magnus** (eigentlich LEGRAND) [56] auf folgende Art sehr gründlich. Ratio differentiae strictorum et bonae fidei iudiciorum, sagt dieser Rechtsgelehrte, haec est, quod in illis stricta petitio est, et super ea petitione litis contestatio; et ex ea obligatio itidem stricta: et partes iudicis strictae, *an verum sit deberi*: et deberi eo ipso die, *quo petitur.* In his autem mitius agitur, nec strictum quid petitur: sed illud tantum, *quanti aequum est condemnari reum.* In illis petitur, quantum paruerit deberi, in his, quanti aequum est damnari. In illis sen-

 tentiae

56) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 14. bey MEERMAN Tom. III. pag. 317.

ea res erit, tanti arbitrio iudicis restituetur. Allein die Klassiker gedenken in ihren Fragmenten dieses Edicts mit keinem Wort. Nur Justinian in der oben angeführten Stelle der Institutionen erwähnt bey dieser Klage den Prätor, und sein Paraphrast, Theophilus, will es allein wissen, daß der Prätor dieselbe eingeführt habe.

§. 846.

Erfordernisse der *condictio de eo quod certo loco*. Inwiefern findet sie gegen den Bürgen Statt? *L. 8. D. h. t.*

Um nun noch näher zu bestimmen, wenn die *condictio de eo quod certo loco* eigentlich Statt habe, so ist Folgendes zu bemerken.

1) Es muß zur Leistung einer schuldigen Sache ein Zahlungsort ausdrücklich festgesetzt seyn. Daher fällt diese Klage weg, wenn Jemand in der Meinung, daß er Etwas an einem bestimmten Ort zu leisten schuldig sey, eine Nichtschuld bezahlt hat. Die Zurückforderung kann hier, der irrigen Meinung des Zahlenden ungeachtet, an jedem andern Orte geschehen, wo ein Gerichtsstand des Empfängers begründet ist, ohne daß die condictio indebiti eines weiteren Beysatzes, wegen des Zahlungsortes, bedarf; wie Paulus lehrt, wenn er *L. 27. D. de condict. indeb.* sagt: Qui, *loco certo debere existimans*, indebitum solvit, *quolibet loco repetet:* non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur [z]).

2) Es

z) S. MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 15. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. Vergleiche auch den 6. Theil dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 516. S. 302. u. f.

2) Es muß an einem andern Ort geklagt werden, als an welchem die Zahlung geschehen sollte. Wird also an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt, so findet die condictio de eo quod c. l. nicht Statt, sondern es wird die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Klage direct angestellt, gesetzt auch, daß mehrere Zahlungsorte alternativisch wären bestimmt worden. Nur dann, wenn weder an dem einen, noch dem andern Ort, sondern an einem dritten geklagt wird, ist die *condictio de eo quod certo loco* nöthig. Hier muß aber dem Schuldner nach Befinden der Umstände das Interesse wegen des Zahlungsorts vergütet werden [2]). War hingegen der Schuldner in mora, so verliert er das ihm sonst bey alternativen Verbindlichkeiten gebührende Wahlrecht, und es geht solches nunmehr auf den Gläubiger über, welcher jetzt nicht nur unter mehreren alternativ bestimmten Zahlungsorten wählen kann, wo er klagen will, sondern auch, wenn etwa nach dem Unterschied der Orte auch die Gegenstände der Verbindlichkeit alternativisch wären bestimmt worden, unter diesen nothwendig die Wahl haben muß, wenn sein Klagerecht nicht vereitelt werden soll. Es sind hier folgende Stellen zu bemerken.

a) *L. 2. §. 2. D. h. t.* Si quis *Ephesi decem*, aut *Capuae hominem* dari stipulatus experiatur, non debet, detracto altero loco, experiri: ne auferat loci utilitatem reo.

b) §. 3.

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 2. in *Operib.* pag. 924. MAGNUS Ration. et Different. iuris. Lib. I. cap. 16. (Tom. III. *Thes. Meerman.* pag 283.) und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. Tit. Nr. VIII. not. f. pag. 283.

c) *L. 3. §. 3. D. de actionib. emti et vend.* Si per venditorem vini *mora fuerit, quominus traderet*, condemnari eum oportet, *utro tempore pluris vinum fuit*, vel quo venit [62]), vel quo lis in condemnationem deducitur [63]).

d) *L. 21. §. 3. D. eodem.* Cum per venditorem *steterit, quo minus rem tradat*, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur. Nec maior sit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Merito: quia sive datum esset, haberem emtor, sive non: quoniam saltem

62) Die meisten Rechtsgelehrten wollen unter diesem Ausdruck die Zeit des geschlossenen Contracts verstehen. Allein dazu ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Richtiger erklärt sie DONELLUS in Commentar. ad L. 22. D. de reb. credit. nr. 12. von der Zeit, da der Wein vermöge des Contracts übergeben werden sollte. Auf gleiche Art nennt Pomponius den Ort der Uebergabe gleich nachher *locum, quo venit.* S. *van* WACHENDORFF cit. Diss. cap. I. §. 6. in *Triade Dissertation.* pag. 224. sq.

63) Unrichtig versteht LYCLAMA *van* NYÉHOLT de ineunda rei aestimatione §. 68. pag. 332. sq. diese Worte von der Zeit der Litiscontestation. Offenbar soll dadurch die Zeit der richterlichen Verurtheilung angezeigt werden, wie *van* WACHENDORFF cit. loc. pag. 227. deutlich dargethan hat.

saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit[64]).

Die Regel, daß bey vorhandenem Verzuge der höchste Preiß einer schuldigen Sache, den sie vom Anfange des Verzugs bis zur richterlichen Verurtheilung des Schuldners hatte, zu vergüten sey, leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Sache eine Species ist, und diese vor der richterlichen Sentenz zu Grunde gegangen, oder deteriorirt worden ist. Denn da hier der Schuldner theils seine Verbindlichkeit gar nicht mehr erfüllen kann, theils nicht gehörig erfüllen würde, wenn er die deteriorirte Sache dem Gläubiger geben wollte[65]); so kann erster den höchsten Werth zu bezahlen verurtheilt werden, den die Sache vom Anfange des Verzugs an bis zu ihrem Untergange, oder Verschlechterung hatte. Daß hier nicht auf die Zeit der Verurtheilung gesehen werden kann, hat seinen ganz natürlichen Grund, weil der Werth einer Sache, welche zu Grunde gegangen oder deteriorirt worden ist, nicht mehr steigen kann. Ulpian bestätiget dieses auch ausdrücklich, wenn er *L.* 3. *D. h. t.* sagt: Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει[66]), secun-

64) Haloander liest hier: quia si datum esset, hoc haberet emtor: quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.

65) *L. 84. §. 4. in fin. D. de Legat. I. L. 33. §. 1. D. de Solut.*

66) Der Ausdruck ἐν πλάτει kommt öfters in den römischen Gesetzen vor. *L. 28. D. de probat. L. 13. D. de Solut. L. 12. §. 2. D. Rem. ratam haberi.* In der letzten Stelle heißt es: Hoc autem ἐν πλάτει, id est, cum laxamento et amplitudine accipiendum, et cum spatio quodam temporis, nec minimo, nec

secundum CELSUM, erit spectandum. Non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, *si post moram deterior res facta sit*, MARCELLUS scribit libro 20. habendam aestimationem, *quanto deterior res facta sit.* Et ideo, si quis *post moram* servum eluscatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.* Da übrigens das Gesetz in Absicht auf die Bestimmung des Werths keinen Unterschied macht, ob die mora des Schuldners ex re oder durch Interpellation entstanden sey; so hat es wohl an sich keinen Zweifel, daß einer auch nur durch eine aussergerichtliche Interpellation entstandenen mora eben die Wirkung, wie einer gerichtlichen, beyzulegen sey. **Lyclama van Nyeholt** [67]) ist zwar anderer Meinung, allein ohne hinlänglichen Grund. Denn nirgends erfordern die Gesetze eine gerichtliche Interpellation, wenn jene Wirkung des Verzugs eintreten soll. Vielmehr sagt **Marcian** [68]) ganz allgemein: *Mora* fieri intelligitur non ex re, sed *ex persona*: id est, *si interpellatus opportuno loco non solverit.* Quod apud iudicem examinabitur. Nam difficilis est huius rei definitio. DIVUS quoque PIUS rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris.

Auch

nec maximo, et quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit. S. *Iac.* CURTII Εἰκαςῶν Lib. I. cap. 18. (in *Thes. Ottonian.* Tom. V. pap. 112.)

67) De ineunda rei aestimatione, §. 56.

68) *L.* 32. *pr. D. de Usur.*

Auch Pomponius [69]) stimmt damit überein, wenn er sagt: Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, *si aut interpellatus non dedisti*, aut occidisti eum. Und die meisten neuern Rechtsgelehrten [70]) sind darin einverstanden, daß auch wegen einer aussergerichtlichen mora eine aestimatio quanti plurimi Statt habe. Viele behaupten indessen, daß auch im Falle einer vorhandenen mora zu Folge der römischen Gesetze ein Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Geschäften zu machen sey. Nur bey jenen soll die oben angegebene Regel Statt haben; bey den leztern hingegen sey die Litiscontestation derjenige Zeitpunct gewesen, bis zu welchem der Richter den höchsten Werth habe bestimmen können. So lehrt Voet [71]): Quod si non aestimatio, sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse, quae inter bonae fidei ac stricti iuris iudicia distinctionem ponit ac vult, in bonae quidem fidei iudiciis *rei iudicandae* seu *iudicatae tempus* observandum esse, quanti res sit, seu tunc valeat; in iis vero, quae stricti iuris sunt, *tempus litis contestatae:* L 3. §. 2. D. Commod. non eo sensu,

69) *L. 23. D. de Verb. obligat.*

70) STRAUCH Diss. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. et 10. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 39. circ. fin. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Except. 1. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 13. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 37. WEHRN Doctr. iuris. explicatr. principior. damni praestandi. §. 69.

71) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

D. de reb. credit. nach **Sabinus** das nämliche, wenn er sagt: Si dictum non esset, quo tempore redderetur, quanti tunc, *cum petitum esset.* Es ist auch in beyden Stellen von einem genere debito die Rede. Daß dieses Princip aber nur dann gilt, wenn auf Seiten des Schuldners noch keine mora vorhanden war, erhellet aus *L* 37. *D. Mandati*, wo **Afrikan** sagt: In stipulatione id tempus spectatur, *quo agitur;* nisi forte, aut per promissorem steterit, quo mihus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet: *etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Es ist zwar eigentlich in diesem Gesetz von einer species debita die Rede, nämlich von einem homine certo. Allein der angeführte Grund, daß Niemand aus seiner mora Nutzen ziehen dürfe, ist allgemein, und lehrt uns, daß hier schlechterdings der Fall des Verzugs auszuschließen sey. Man möchte zwar einwenden, daß der Verpflichtete eben dadurch, wenn er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert wird, in mora versetzt werde. Ja **Papinian** lehre ausdrücklich *L. 3. pr. D. de Usur.* Quod non facile evenire possit, ut, *mora non praecedente,* perveniatur ad iudicem. Allein daß deswegen doch nicht immer den Schuldner der Vorwurf eines Verzugs treffe, wenn er sich verklagen läßt, sagen klare Gesetze [46]). Denn so lange der Schuldner nicht überzeugt ist,

bey dem Kläger. S. meine Opuscula Fascic. II. pag. 374. not. 84. In den *Basilic.* Tom. III. pag. 572. heißt es ausdrücklich: *πρὸς τὸν καιρὸν τῆς προκατάρξεως*, i. e. *ad tempus litis contestatae.*

46) *L. 21. 22. 23. pr. L. 24. et 47. D. de Usur. L. 63. et 99. D. de div. reg. iuris.*

ist, oder nicht in den Rechten angenommen wird, er sey überzeugt, daß er etwas zu leisten habe, so lange darf er darüber Proceß führen [47]). Nur dann wird der Schuldner durch eine von dem Gläubiger geschehene Interpellation in mora versetzt, wenn man sagen kann, der interpellirte Debitor wolle lieber streiten, d. h. einen nach seiner eigenen Ueberzeugung faulen Proceß führen, als seine Verbindlichkeit erfüllen [48]). Daß hingegen bey der Bestimmung des Werths ein Unterschied zu machen sey, ob ein genus oder eine species den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmache, wird die Folge lehren. Es scheinen zwar die letztern Worte der *L. 4. D. h. t.* zu widerstreiten, welche so lauten: *Quod et de caeteris rebus iuris est.* Allein Cajus redet da, wo er sich dieser Worte bedient, nicht mehr von der Zeit, sondern von dem Orte, auf welchen bey der Bestimmung des Werths einer schuldigen Sache zu sehen sey, wie auch schon Masius [49]) sehr richtig bemerkt hat, ut proinde *Caius* velit, wie sich dieser Rechtsgelehrte ausdrückt, quod non solum in merce spectari debeat locus, quo dari debuit, vel quo peteretur, si de loco nihil convenisset, sed etiam in caeteris rebus. Quare cum diversus sit tractatus, cuius temporis aestimatio spectanda sit, a loci aestimatione, consequens sit, clausulam, quam in loci aestimatione *Caius* obtinere

47) L. 79. *pr. D. de iudic.* L. 40. *pr. D. de heredit. petit.* Schmann's Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorlesungen I. §. 13. S. 42. f.

48) *L. 82. §. 1. D. de Verb. Oblig.*

49) Tr. de rei debitae aestimat. P. III. cap. 8. nr. 4. pag. 139. Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th.

re voluit, non esse ad temporis aestimationem extendendam.

Noch muß ich, ehe ich zu einem andern Falle übergehe, einer besondern Meinung gedenken, welche **Pagenstecher**[50] und **Berger**[51] zu vertheidigen suchen. Diese behaupten nämlich, wenn kein Leistungstermin festgesetzt worden, auch der Schuldner nicht in mora sey, so müsse auf die Zeit des Contracts gesehen werden. Allein aus den Gesetzen läßt sich diese Meinung nicht vollkommen rechtfertigen. Denn das Gutachten des **Pomponius** in der *L.* 3. *D. de rebus creditis*, worauf man sich beruft, gehört gar nicht hierher. Es ist darin von der Restitution eines Darlehns die Rede. Diese muß freylich in derselben Art und Güte geschehen, in welcher der Schuldner das Darlehn empfangen hat, der Werth mag unterdessen gestiegen oder gefallen seyn. Dies kann hier nicht in Betrachtung kommen. Ganz anders hingegen verhält es sich, wenn von der Vergütung des Werths einer schuldigen Sache die Rede ist. Dieser steigt und fällt nach Verschiedenheit der Zeit, ohne daß die Güte der Sache dadurch verändert wird. Da nun die Sache im Darlehn consumirt wird, so muß bey dessen Wiedererstattung nothwendig auf die Zeit des Contracts gesehen werden, um zu bestimmen, in welcher Art und Güte dasselbe zu restituiren sey. Eben so wenig beweißt der Ausspruch **Ulpians** in *L.* 41. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* wo er sagt: Quoties in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur. Es erhellet zwar daraus, daß der Gläubiger die schuldige Sache sogleich

50) Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV.

51) Cit. Diss. §. 19. sqq. Vol. II. *Selectar. Dissertation.* p. 1492. sqq.

sogleich zu fordern berechtiget sey, wenn kein Zahlungstermin bestimmt ist; allein daß bey der Bestimmung des Werths derselben blos auf das tempus contractus zu sehen sey, ist daraus nicht erweislich [52]. Noch weniger gehört endlich die *L. 60. D. de V. O.* hierher, wo Ulpian sagt: Idem erit, et si Capuae centum olei pondo dari quis stipulatus sit, nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum pervenire potuit. Denn hier ist von keiner obligatio pura die Rede, sondern von einem stricti iuris Contract, dem durch Uebereinkunft der Partheyen ein dies incertus stillschweigend ist beygefügt worden [53]. Dies ist unter andern der Fall, wenn ein Lieferungsort bestimmt worden ist. Denn hierin liegt die stillschweigende Uebereinkunft der Partheyen, daß die Sache in der Zeit geliefert werden soll, da es möglich seyn wird, sie an den bestimmten Ort hinzubringen. Justinian lehrt dieses mit ausdrücklichen Worten. §. 5. *I. Verb. Obl.* wo er sagt: Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagine dare spondes? *Quae stipulatio, licet puri fieri videatur, tamen re ipsa* (sc. ex loco ad dandum constituto) *habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.* Et ideo, si quis Romae ita stipuletur, hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio; cum impossibilis sit repromissio. Kein Wunder, wenn nun auch bey Bestimmung des Werths der Sache

 auf

52) S. van WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 11. in *Triad.* pag. 294.

53) DONELLUS in Comm. ad Tit. D. de Verb. Obligat. ad L. 41. h. t. nr. 5—8.

auf diese von den Partheyen stillschweigend beygefügte Zeit Rücksicht genommen werden soll.

b) Ist die schuldige Sache eine Species, so ist wieder zu unterscheiden.

α) Die Verbindlichkeit entstand aus einem *stricti iuris* Contract. Auch hier soll nach dem Ausspruch eines **Ulpianus**, **Afrikanus** und **Papinians** auf den Werth gesehen werden, welchen die Sache zu der Zeit hat, da sie gefordert oder lis contestirt wird. Meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, sagt **Papinian** *L.* 28. *D. de novat.* praesens aestimatio, fundo petito, recte consideretur; und **Afrikan**, welcher von einem solchen Falle handelt, wo ein homo certus den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachte, auf dessen Werthbestimmung es ankam, giebt die Regel *L.* 37. *D. Mandati:* In stipulatione id tempus spectatur, *quo agitur*, und dieses bestätiget noch insonderheit **Ulpian** *L.* 3. §. 2. *D. Commodati*, wenn er sagt: Quanti res sit, in strictis iudiciis *litis contestatae tempus* spectetur. Der Grund hiervon liegt, wie **Cujaz** [54]) mit Recht bemerkt, in der eigenen Natur der stricti iuris Klagen, von welcher ich schon an einem andern Orte [55]) gehandelt habe.

β) Rührt hingegen die Verbindlichkeit aus einem bonae fidei Geschäft her, so sieht man auf die Zeit, da der Beklagte verurtheilt wird. Der Ausspruch **Ulpians** *L.* 3. §. 2. D. *Commodati:* In bonae fidei iudiciis *rei iudicandae tempus*, quanti res sit, observatur, läßt hierüber keinen

54) Comm. ad L. 59. D. de Verb Obligat. ad verb. *Rei.*

55) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 310. S. 251. ff.

keinen Zweifel übrig. Wäre jedoch die Sache zu Grunde gegangen, so kommt es auf den Werth an, den sie zur Zeit ihres Untergangs hatte, weil hier der Richter die Sache, welche zur Zeit der Verurtheilung nicht mehr existirt, auch nicht zu schätzen im Stande ist. Es läßt sich dieses auch aus den Worten des **Ulpians** *L.* 3. *D. h. t.* schliessen, wo er sagt: Si vero desierit esse in rebus humanis, *mortis tempus* erit spectandum. Es versteht sich jedoch, daß der Verpflichtete an dem Untergange der Sache Schuld seyn müsse. **Pomponius** bemerkt dieses auch ausdrücklich, wenn er *L.* 23. *D. de Verb. Obl.* sagt: Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, *quam si per te steterit, quominus, vivo eo, eum mihi dares*: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, *aut occidisti eum.* Den Grund dieses Unterschiedes zwischen bonae fidei und stricti iuris Geschäften erklärt **Joh. Matth. Magnus** (eigentlich LEGRAND) [56]) auf folgende Art sehr gründlich. Ratio differentiae strictorum et bonae fidei iudiciorum, sagt dieser Rechtsgelehrte, haec est, quod in illis stricta petitio est, et super ea petitione litis contestatio; et ex ea obligatio itidem stricta: et partes iudicis strictae, *an verum sit deberi*: et deberi eo ipso die, *quo petitur.* In his autem mitius agitur, nec strictum quid petitur: sed illud tantum, *quanti aequum est condemnari reum.* In illis petitur, quantum paruerit deberi, in his, quanti aequum est damnari. In illis sen-

 tentiae

56) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 14. bey MEERMAN Tom. III. pag. 317.

tentiae quantitas ab obligatione, in his obligatio et petitio ab ipsa sententia modum accipit.

II. Ist ein Verzug vorhanden, so war entweder

1) der Schuldner in mora praestandi. Hier muß der höchste Werth erstattet werden, den die schuldige Sache vom Anfange des Verzugs bis zur Verurtheilung des Schuldners hatte, und es kommt weiter nichts darauf an, die Verbindlichkeit zur Leistung rühre aus einer erlaubten oder unerlaubten Handlung des Verpflichteten, aus einem bonae fidei oder stricti iuris Geschäft her [57]). Zur Ueberzeugung werden folgende Gesetzstellen genügen.

a) *L.* 3. *D. h. t.* In hac actione, si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod SERVIUS ait, *condemnationis tempus* spectandum. — Si *post moram* deterior res facta sit etc. — quare *ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.*

b) *L.* 8. §. 1. *D. de condictione furt.* Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur? Placet tamen, id tempus spectandum, *quo res unquam plurimi fuit:* maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. *Semper enim moram fur facere videtur.*

Die-

57) STRAUCH Diss. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. sqq. PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 64. BERGER Diss. an in contract. rer. fungibil. ex tempore morae praestanda sit aestimatio maxima? §. 21. sqq. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 15. und HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. B. §. 349.

Dieses Fragment ist eben so, wie die vorhergehende *L.* 3. *h. t.* aus Ulpians *libro* 27. *ad Edictum* genommen, und steht mit derselben in der genauesten Verbindung. Ulpian stellt hier dem Grundsatz auf, der Dieb müsse den höchsten Werth der gestohlnen Sache ersetzen, wenn er die Sache selbst nicht unverletzt zurück zu geben vermag. Etwa als Ausnahme von der Regel? darum weil er Dieb ist? Nein! sondern weil der Dieb von dem Augenblick des begangenen Diebstahls an, auch ohne Aufforderung, in mora ist. Also dem Verzuge wird die Folge zugeeignet, daß dadurch der Werth der schuldigen Sache erhöht wird. Es ist daher ganz unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten [58]) diese Stelle blos auf eine solche mora beschränken wollen, welche durch einen Dolus oder Delict entstanden ist. Die Gesetze stellen vielmehr hierin beyde, den Dieb, und jeden andern morosen Schuldner einander gleich, wie uns Paulus [59]) lehrt; und es paßt auch der Grund, den Celsus [60]) anführt: *Ridiculum esse, meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti* (d. i. wegen der Zögerung in Erfüllung seiner Verbindlichkeit zur Restitution der Sache) auf jeden andern säumigen Schuldner vollkommen [61])

58) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXIV. Err. 8. unter den neuern besonders *Ad. Ignat.* TURIN Diss. de aestimatione quanti plurimi. *Erfordiae 1775.* §. 8. sqq. et §. ult.

59) *L.* 83. §. 7. *D. de Verb. Obligat.*

60) *L.* 67. §. 2. *D. de furtis.*

91) S. *van* WACHENDORFF Diss. de condict. triticiaria Cap. II. §. 15. und *Christ. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et caussar. damni praestandi. Cap. VI. §. 70.

c) *L.* 3. §. 3. *D. de actionib. emti et vend.* Si per venditorem vini *mora fuerit, quominus traderet,* condemnari eum oportet, *utro tempore pluris vinum fuit,* vel quo venit [62]), vel quo lis in condemnationem deducitur [63]).

d) *L.* 21. §. 3. *D. eodem.* Cum per venditorem *steterit, quo minus rem tradat,* omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Merito: quia sive datum esset, haberem emtor, sive non: quoniam saltem

62) Die meisten Rechtsgelehrten wollen unter diesem Ausdruck die Zeit des geschlossenen Contracts verstehen. Allein dazu ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Richtiger erklärt sie DONELLUS in Commentar. ad L. 22. D. de reb. credit. nr. 12. von der Zeit, da der Wein vermöge des Contracts übergeben werden sollte. Auf gleiche Art nennt Pomponius den Ort der Uebergabe gleich nachher *locum, quo venit.* S. *van* WACHENDORFF cit. Diss. cap. I. §. 6. in *Triade Dissertation.* pag. 224. sq.

63) Unrichtig versteht LYCLAMA *van* NYEHOLT de ineunda rei aestimatione §. 68. pag. 332. sq. diese Worte von der Zeit der Litiscontestation. Offenbar soll dadurch die Zeit der richterlichen Verurtheilung angezeigt werden, wie *van* WACHENDORFF cit. loc. pag. 227. deutlich dargethan hat.

saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit [64]).

Die Regel, daß bey vorhandenem Verzuge der höchste Preiß einer schuldigen Sache, den sie vom Anfange des Verzugs bis zur richterlichen Verurtheilung des Schuldners hatte, zu vergüten sey, leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Sache eine Species ist, und diese vor der richterlichen Sentenz zu Grunde gegangen, oder deteriorirt worden ist. Denn da hier der Schuldner theils seine Verbindlichkeit gar nicht mehr erfüllen kann, theils nicht gehörig erfüllen würde, wenn er die deteriorirte Sache dem Gläubiger geben wollte [65]); so kann erster den höchsten Werth zu bezahlen verurtheilt werden, den die Sache vom Anfange des Verzugs an bis zu ihrem Untergange, oder Verschlechterung hatte. Daß hier nicht auf die Zeit der Verurtheilung gesehen werden kann, hat seinen ganz natürlichen Grund, weil der Werth einer Sache, welche zu Grunde gegangen oder deteriorirt worden ist, nicht mehr steigen kann. Ulpian bestätiget dieses auch ausdrücklich, wenn er *L.* 3. *D. h. t.* sagt: Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει [66]), secun-

64) Haloander liest hier: quia si datum esset, hoc haberet emtor: quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.

65) *L. 84. §. 4. in fin. D. de Legat. I. L. 33. §. 1. D. de Solut.*

66) Der Ausdruck ἐν πλάτει kommt öfters in den römischen Gesetzen vor. *L. 28. D. de probat. L. 13. D. de Solut. L. 12. §. 2. D. Rem. ratam haberi.* In der letzten Stelle heißt es: Hoc autem ἐν πλατει, id est, cum laxamento et amplitudine accipiendum, et cum spatio quodam temporis, nec minimo, nec

secundum CELSUM, erit spectandum. Non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, *si post moram deterior res facta sit*, MARCELLUS scribit libro 20. habendam aestimationem, *quanto deterior res facta sit.* Et ideo, si quis *post moram* servum eluscatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.* Da übrigens das Gesetz in Absicht auf die Bestimmung des Werths keinen Unterschied macht, ob die mora des Schuldners ex re oder durch Interpellation entstanden sey; so hat es wohl an sich keinen Zweifel, daß einer auch nur durch eine aussergerichtliche Interpellation entstandenen mora eben die Wirkung, wie einer gerichtlichen, beyzulegen sey. **Lyclama van Nyeholt** [67]) ist zwar anderer Meinung, allein ohne hinlänglichen Grund. Denn nirgends erfordern die Gesetze eine gerichtliche Interpellation, wenn jene Wirkung des Verzugs eintreten soll. Vielmehr sagt **Marcian** [68]) ganz allgemein: *Mora* fieri intelligitur non ex re, sed *ex persona*: id est, *si interpellatus opportuno loco non solverit*. Quod apud iudicem examinabitur. Nam difficilis est huius rei definitio. DIVUS quoque PIUS rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris.

Auch

nec maximo, et quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit. S. *Iac.* CURTII Εἰκαςῶν Lib. I. cap. 18. (in *Thes. Ottonian.* Tom. V. pap. 112.)

67) De ineunda rei aestimatione. §. 56.

68) *L.* 32. *pr. D. de Usur.*

Auch **Pomponius** [69]) stimmt damit überein, wenn er sagt: Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, *si aut interpellatus non dedisti,* aut occidisti eum. Und die meisten neuern Rechtsgelehrten [70]) sind darin einverstanden, daß auch wegen einer aussergerichtlichen mora eine aestimatio quanti plurimi Statt habe. Viele behaupten indessen, daß auch im Falle einer vorhandenen mora zu Folge der römischen Gesetze ein Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Geschäften zu machen sey. Nur bey jenen soll die oben angegebene Regel Statt haben; bey den letztern hingegen sey die Litiscontestation derjenige Zeitpunct gewesen, bis zu welchem der Richter den höchsten Werth habe bestimmen können. So lehrt **Voet** [71]): Quod si non aestimatio, sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse, quae inter bonae fidei ac stricti iuris iudicia distinctionem ponit ac vult, in bonae quidem fidei iudiciis *rei iudicandae* seu *iudicatae tempus* observandum esse, quanti res sit, seu tunc valeat; in iis vero, quae stricti iuris sunt, *tempus litis contestatae:* L 3. §. 2. D. Commod. non eo sensu,

69) *L. 23. D. de Verb. obligat.*

70) STRAUCH Diss. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. et 10. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 39. circ. fin. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Except. 1. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 13. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 37. WEHRN Doctr. iuris. explicatr. principior. damni praestandi. §. 69.

71) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

sensu, quasi praecise illud litis contestatae, vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedens, spectandum esset; *nam si mora praecesserit*, dubium non est, quin frustratio moratori, et non alteri obesse debeat; ac propterea, si inter moram et litem contestatam remve iudicatam res pluris valuerit, quam ipso litis contestatae vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore morae ad tempus litis contestatae *in stricti iuris*, aut rei iudicatae *in bonae fidei iudiciis*, damnandus foret: *L.* 37. *in fin. D. mandati. L.* 3. *in fin. D. h. t.* sic ut *tempus morae* sit veluti terminus, a quo incipit aestimationis ratio haberi; et *tempus litis contestatae* vel *rei iudicatae* sit terminus ad quem. Eben so lehren **Vinnius** [72]), **Huber** [73]), **Pothier** [74]), **Böhmer** [75]), **Hofacker** [76]), und **Thibaut** [77]). Allein die oben für den Fall eines auf Seiten des Schuldners vorhandenen Verzugs angeführten Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Es ist auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzusehen, warum die mora bey stricti iuris Geschäften eine andere rechtliche Wirkung gehabt haben sollte, als bey denen, welche bonae fidei sind. Hierzu kommt, daß **Papinian** *L.* 3. §. 1. *D. de Usuris* sagt: In his quoque iudiciis, quae non

72) Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 39.

73) Praelect. ad Pand. h. t. §. 7.

74) Pandect. Iustinian. T. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LXXXI. not. a. pag. 530.

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 49.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1749.

77) Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 103.

non sunt arbitraria, nec bonae fidei, *post litem contestatam actori causa praestanda est* (ohne Zweifel, also auch der an die Stelle der Sache tretende Werth) *in eum diem, quo sententia dicitur.* Noch ausführlicher hat diese Meinung schon **Osius Aurelius** [78]) widerlegt. Nun läßt sich noch

2) der Fall gedenken, da der Gläubiger in mora accipiendi ist. Hier kann er nur den geringsten Werth verlangen, den die Sache seit seiner Zögerung hatte. **Pomponius** sagt *L.* 3. §. 4. *D. de actionib. emti venditi.* Quod si per emtorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, *quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit;* und **Cujaz** [79]) begleitet diese Stelle mit folgendem Commentar: *Haec Lex indicat, si per creditorem mora fuerit, quominus acciperet, utro tempore minoris res fuerit, id tantum consequetur, ut si morae initio minoris fuerit, et pluris litis contestatae tempore, referetur aestimatio ad tempus morae, non ad tempus litis contestatae.* Er schließt mit der allgemeinen Bemerkung: *Et haec non tantum ita procedunt in condictione triticaria ex mutuo, vel ex stipulatu, sed etiam ex causa furtiva, vel rerum amotarum, et ex alia qualibet causa. Constat enim ex omni causa condictionem triticariam dari.*

Da die Preise der Sachen nicht blos nach Verschiedenheit der Zeiten, sondern auch der Orte sehr differiren, so ist bey der Bestimmung des Werths einer schuldigen Sache

78) Dispunctor ad *Merillium*, seu de variantibus *Cujacii* Interpret. Dispunct. XXII. (in *Thes. Otton.* Tom. III pag 751.)

79) Ad *African.* Tract. VIII. ad L. 37. D. Mandati circa fin.

c) *L.* 3. *D. eodem.* Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates, regionesque: maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse; tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris.

Nun entsteht noch die sehr streitige Rechtsfrage, in wiefern die actio arbitraria de eo quod certo loco gegen

vend. zu vereinigen, wie ich schon an einem andern Orte gezeigt habe. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 332. Die mancherley Versuche der Rechtsgelehrten hierüber hat H. Hofr. SCHOEMAN in der Lehre vom Schadensersatze 2 Th. S. 102 ff. ausführlich dargestellt und geprüft. Er selbst hat einen neuen Vereinigungsversuch gewagt. Allein mit welchem Glück? Man sehe die Heidelbergischen Jahrbücher der Literatur 1. Jahrg. 1. Heft. S. 87. ff. Vergleicht man die *L.* 4. *D. h. t.* mit unserer *L.* 2. §. *ult. D. eod.* so leuchtet daraus ziemlich klar hervor, daß der Unterschied nicht unerheblich sey, ob eine versprochene Zahlung nicht zur gehörigen Zeit, und ob sie nicht an dem bestimmten Orte erfolgt ist. S. *Ger.* NOODT de Foenore et Usuris Lib. II. cap. 6. *Io.* VOET Comm. ad. Pand. h. t. §. 6. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et commodo rei venditae. §. 10. pag. 469. sq Nun ist in keiner der übrigen Stellen, so wie in *L.* 2. §. *ult. h. t.* ein Zahlungsort angegeben. Die Behauptung, daß ein Zahlungsort beym Handelserwerbe, auch ohne besondere Verabredung darüber, immer als bestimmt vorauszusetzen sey, läßt sich wohl schwerlich rechtfertigen. Wir sind also, der neuern Versuche ungeachtet, hierin noch nicht einen Schritt weiter gekommen; und es dürften vielleicht die hier in den Weg tretenden Schwierigkeiten nie zu besiegen seyn.

gen den Bürgen Statt finde? Es handeln hiervon zwey merkwürdige Fragmente dieses Titels, nämlich *L.* 8. und *L. ult. D. h. t.*, welche den berühmtesten Rechtsauslegern so viel Schwierigkeit gemacht haben, daß man wenigstens die erste Stelle mit unter die damnatas leges Pandectarum, oder cruces Ictorum zu zählen, kein Bedenken getragen hat[88]. Sie können daher nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden.

a) *L.* 8. *h. t.* ist aus AFRICANI *libro* 3. *Quaestionum*, und lautet so. Centum Capuae dari stipulatus, fideiussorem accepisti. Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit: id est, ut si alibi, quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat: lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit, eam summam Capuae potius, quam alibi solvi. *Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri.* Neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est: circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniae soluta sit, et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quae petetur, Capuae solutam esse.

 b) *L.*

88) S. *Corn. van* ECK Commentat. iurid. de septem damnatis Legib. Pandectar. s. Crucibus Ictor. rec. *Halae* 1766. Cap. 4.

b) *L. ult. eod.* aus PAULI *Lib.* 4. *Quaestionum* ist folgenden Inhalts. Si post moram factam, quominus Capuae solveretur, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione; adeo ut nunc quoque sorte soluta, vel si Capuae petatur, arbitrium judicis cesset: nisi si quis dicat, si iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte, quam ex poena solutum videri: ut supersit petitio eius, quod excedit sortem, et accedat poena pro eadem quantitate? Quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur.

Vergleichen wir beyde Fragmente sorgfältig, so sind unstreitig darin zwey verschiedene Fälle enthalten. Nach der *L.* 8. hatte sich der Gläubiger von dem Schuldner, der ihm durch Stipulation eine gewisse Summe zu Capua zu bezahlen zugesagt hatte, gleich Anfangs und also noch vor eingetretener mora, zur Sicherheit seiner Forderung einen Bürgen stellen lassen. Nach der *L. ult.* hingegen war der Bürge erst nach eingetretener mora des Schuldners angenommen worden, wie nämlich der Gläubiger den Schuldner actione arbitraria belangen wollte, und zwar um die Klage abzuwenden. Es ist also ganz unrichtig, wenn Cujaz [89]) glaubt, daß die nähere Erklärung der L. 8. aus der L. ult. zu nehmen, und auch in der ersten Stelle ein

89) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. h. t.

ein solcher Fall zu unterlegen sey, wo der Bürge erst nach vorhandener mora des Schuldners in Rücksicht der actionis arbitrariae ins Mittel getreten ist. Denn wie hätte wohl je ein Zweifel darüber entstehen können, ob die actio arbitraria auch gegen den Bürgen Statt habe, wenn er selbst in Rücksicht dieser Klage wäre angenommen worden? wie Anton Faber [90]) mit Recht gegen Cujaz erinnert hat. Soviel geht indessen aus beyden Fragmenten ganz deutlich hervor, daß der Bürge eben so, wie der Hauptschuldner, mit der condictione de eo quod certo loco belangt werden könne. Denn auch davon abgesehen, daß der Bürge, wie Ulpian [91]) sagt, an des Hauptschuldners Stelle tritt, so würde ja der ganze Zweck der Bürgschaft vereitelt werden, wenn der Bürge nicht auch an einem andern, als an dem verabredeten Zahlungsorte, belangt werden könnte. Man setze z. B. der Bürge ließe sich so wenig, als der Hauptschuldner, an dem Zahlungsorte treffen. Hier muß auch gegen den Bürgen mit der condictione de eo quod certo loco geklagt werden. So wie aber der Schuldner, wenn er selbst actione arbitraria belangt wird, das Interesse in Abrechnung bringen kann, sofern ihm durch den Kläger der Vortheil des zu seinem Besten bedungenen Zahlungsorts entzogen worden ist, eben so muß auch der Bürge den Schaden anrechnen können, welchen er dadurch leidet, daß er an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, belangt worden ist. Denn der Zahlungsort, den sich der Hauptschuldner ausbedungen hat, kommt auch dem

90) Rational. in Pand. ad L. 8. D. h. t. pag. 482.

91) *L. 4. §. 1. D. de fideiussor.*

nun aber dennoch die schuldige Leistung an dem bestimmten Orte nicht erfolgte, es sey nun, daß der Schuldner sich daselbst nicht einfand, oder der Gläubiger ausblieb; so kann die Leistung zwar auch an einem andern Orte gefordert werden, jedoch mit Vergütung des dem andern Theil dadurch zugefügten Schadens. Allein mit welcher Klage? Hier ist nun der Unterschied sehr merkwürdig, den das Römische Recht zwischen zweyseitigen bonae fidei Contracten, und solchen Geschäften macht, vermöge welcher eigentlich sonst nichts gefordert werden dürfte, als was unmittelbar in dem Wesen des Geschäfts liegt, wofern nicht der Strenge des Rechts durch einen die aus demselben entspringende Klage erweiternden Beysatz könnte abgeholfen werden. In jenem Falle genügt dem Kläger die reine Contractsklage zu seinem Zweck. Denn bey solchen bonae fidei Geschäften kann der Richter dem Kläger alles zuerkennen, was nicht nur dem Wesen des Geschäfts, sondern auch der Billigkeit gemäß ist [96]). Daher sagt Paulus *L. 7. D. h. t.* In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, *ut certo loco quid praestetur*, ex emto vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio. In dem letztern Falle hingegen reicht die aus dem Geschäft entstehende Klage für sich zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin. Man setze z. B. die Zahlung sey an einem bestimmten Ort durch Stipulation, oder durch ein constitutum versprochen; oder es sey Geld auf eine solche Art dargeliehen worden, daß die Rückzahlung an einem be-

96) § 30. *I. de action. L. 31. pr. D. Depositi. L. 11. §. ult. et L. 50. D. de action. emti et venditi. L. 54. pr. D. Locati. L. 1. D. de Usur. L. 7. D. de negot. gest.*

bestimmten Ort geschehen solle; oder ein Testirer hätte zur Auszahlung des Vermächtnisses einen gewissen Ort festgesetzt. Nach der Strenge könnte in allen diesen Fällen nur an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt werden. An einem andern zu klagen, und das Interesse des Orts zu verlangen, erlaubt die Natur des Geschäfts, und der daraus entstehenden Klage nicht. Der Einrede der plus petitio wäre daher hier nicht auszuweichen. Nach dieser Strenge würde es denn aber auch dem Schuldner ein Leichtes gewesen seyn, die Klage des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Er dürfte sich nur an dem Zahlungsorte nie treffen lassen. Dieser Unbilligkeit kam man nun dadurch zuvor, daß man dem Gläubiger erlaubte, in solchen Fällen den Schuldner auch an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, zu belangen. Es mußte nur der eigentliche Zahlungsort in der Klagformel angegeben, und übrigens dem Arbitrium des Richters überlassen werden, das Interesse des Orts zu schätzen [97]). Hierdurch bekam denn die Hauptklage einen Beysatz, der ihr den Namen *condictio de eo, quod certo loco* gab. Es verdienen hier folgende Stellen als classisch bemerkt zu werden.

a) §. 33. *I. de actionib.* Loco plus petitur: veluti cum quis id, *quod certo loco sibi dari stipulatus est*, alio loco petit, *sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipu-*

97) Nach HOTOMANN in Comment. ad §. 30. Instit. de actionib. pag. 470. soll die Klagformel so gelautet haben: *Aio te mihi Ephesi centum dare oportere; sed hoc loco mihi satis erit, quod arbitro videbitur*; das Decret des Prätors aber zur Instruction des Richters (formula iudicii) nach BACHOV in Tract de Actionib.

stipulatus est: verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, *Ephesi dari spondes?* Romae pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur: *quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione.* Propter quam causam, alio loco petenti *arbitraria actio* proponitur: *in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit.* [98]). Quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub iisdem usuris foenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam Praetor monstrat, scilicet, quia utilitas solvendi salva est promissori.

b) THEOPHILUS in Paraphrasi graeca ad h. §. nach der lateinischen Version des Wilhelm Otto Reitz: *Loco plus petitio* committitur, veluti si, quod mihi debetur *in certo loco* solvendum, *in alio loco* petiero, *non facta*

mentione

nib. Diss. VII. P. II. Th. 1. in fin. *Si paret, Titium decem Ephesi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore solvisse, iudex ex arbitrio tua condemna.*

98) So lesen Haloander, Baudoza, Hugo a Porta, Hotomann, Vinnius, Charondas u. Baptista de Tortis. Allein Cujaz, Otto, und Van de Water, haben die letzten Worte: *quo se soluturum spopondit,* nicht. Sie fehlen auch in der Nürnberger Ausgabe des Anton Kobergers vom Jahr 1486. f.

mentione loci, in quo mihi debitum solvendum erat: velut in huiusmodi specie; sic a te stipulatus fui, *Spondesne mihi dare Ephesi solidos C?* Quantum ex jure civili non possum a te alio loco petere, nisi in urbe Epheso: namque extra Ephesum a te petens, *loco plus peto.* Si enim Romae inveniaris, egoque *pure* tecum agam, id est, *mentionem Ephesi haud faciens*, introducitur *plus petitio.* Sed quoniam evenire poterat, ut nunquam a te petere liceret, eo quod Ephesum non venires, atque ego te convenire nequirem, neque Ephesi, qua ibi non invenireris, neque extra Ephesum propter plus petitionem, idcirco Praetor huiusmodi actionem excogitavit: *nam mihi facultatem dedit etiam extra Ephesum degenti adversus te agere, dum tamen mentionem Ephesi faciam, et plus petitionem effugiam.* Si enim Romae tecum agam, dicens; *Si appareat, adversarium mihi dare oportere Ephesi solidos* C. non videor plus petere; si autem pure, id est, *mentione Ephesi non facta*, plus petitio introducitur: namquè id quod interest, et lucrum, quod promissor adepturus erat, si Ephesi solvisset, illi adimo: fortassis enim facilis ei erat Ephesi pecuniae solutio, difficillima autem extra Ephesum: neque eum extra Ephesum in C. solidos condemnari oportet: nam deducendum est tantum ex C. solidis, quantum damni facit extra Ephesum solvens. Forte enim Romae debitum solvere coactus, viginti impendit solidos ad comparandam sibi summam, quam mihi dari oportuit: ideoque non in C. sed in LXXX. condemnatur: quum vero Ephesi mentionem nullam facio in lite, agens extra Ephesum, quoniam id ago, ut in C. condem-

netur ſolidos, (namque pura intentio explorationem eius, quod intereſt, tollit) ea propter plus peto.

c) *L. 1. D. h. t.* Alio loco, quam in quem ſibi dari quisque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultas competere: ſed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet, (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario diſtringeretur), non poſſe ſtipulatorem ad ſuum pervenire, ideo viſum eſt, *utilem actionem* in eam rem comparare.

d) *L. 2. §. 1. D. eodem.* Haec autem actio ex illa ſtipulatione venit, ubi ſtipulatus ſum a te, *Epheſi decem dari.*

e) *L. 5. D. eodem.* Si *heres* a teſtatore iuſſus ſit, *certo loco quid dare*, arbitraria actio competit:

f) *L. 6. eod.* Aut *mutua pecunia* ſic data fuerit, *ut certo loco reddatur.*

g) *L. 16. §. 1. D. de pecunia conſtit.* Sed et *certo loco* et tempore conſtituere quis poteſt, nec ſolum eo loci poſſe eum petere, *ubi ei conſtitutum eſt: ſed, exemplo arbitrariae actionis, ubique poteſt.*

h) *L. un. Cod. Ubi conveniat. qui certo loco dare promiſit.* Qui *certo loco ſeſe ſoluturum pecuniam* obligat, ſi ſolutioni ſatis non fecerit: *arbitraria actione et in alio loco poteſt conveniri*, in qua venit aeſtimatio, quod alterutrius interfuerit, ſuo loco prius, quam in eo, in quo petitur, ſolvi.

Aus

Aus allem ergiebt sich also, daß die *condictio de eo quod certo loco* eben so, wie die condictio triticaria, eine actio adiectitiae qualitatis sey, vermittelst welcher eine Zahlung, die an einem bestimmten Ort geschehen sollte, und an einem andern, als dem bestimmten Ort, jedoch mit Berücksichtigung des Interesse, je nachdem ein oder der andere Theil dadurch verliert, daß die geklagte Zahlung nicht an dem bestimmten Ort geleistet worden, nach richterlichem Ermessen in einem solchen Falle gefordert werden kann, wo die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Klage für sich dazu nicht hinreicht, wenn nämlich der eigentliche Zahlungsort in der Klage angegeben wird [99]). Fast alle halten diese Klage ihrem Ursprung nach für eine prätorische, welche ihren Namen von den Anfangsworten des Edicts erhalten haben soll; und dieses Edict glaubt Noodt [100]) aus den Fragmenten unsers Titels auf folgende Art glücklich restituirt zu haben: *De eo, quod certo loco dari oportet ex stipulatu, si alio petatur, facta mentione eius, quo debetur, actionem dabo; ut quanti ea*

99) Von dieser Klage handeln vorzüglich *Iac.* CUJACIUS Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. h. t. *Hug.* DONELLUS Comm. ad h. Tit. Pand. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad eund. Tit. (*Oper.* pag. 924. sqq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. *Ger.* NOODT ad h. Tit. (*Oper.* Tom. II. pag. 305. sqq.) *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 14—18. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 280. sqq.) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XC. et Dec. XCI. Err. 1—6. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de actionib. Disputat. VII. P. II. pag. 81. sqq. und *Io.* STRAUCH Diss. de condictione de eo, quod certo loco dari oportet. *Ienae* 1671.

100) Comm. ad Pand. h. t. pag. 306.

ea res erit, tanti arbitrio iudicis restituetur. Allein die Klassiker gedenken in ihren Fragmenten dieses Edicts mit keinem Wort. Nur Justinian in der oben angeführten Stelle der Institutionen erwähnt bey dieser Klage den Prätor, und sein Paraphrast, Theophilus, will es allein wissen, daß der Prätor dieselbe eingeführt habe.

§. 846.

Erfordernisse der *condictio de eo quod certo loco*. Inwiefern findet sie gegen den Bürgen Statt? *L. 8. D. h. t.*

Um nun noch näher zu bestimmen, wenn die *condictio de eo quod certo loco* eigentlich Statt habe, so ist Folgendes zu bemerken.

1) Es muß zur Leistung einer schuldigen Sache ein Zahlungsort ausdrücklich festgesetzt seyn. Daher fällt diese Klage weg, wenn Jemand in der Meinung, daß er Etwas an einem bestimmten Ort zu leisten schuldig sey, eine Nichtschuld bezahlt hat. Die Zurückforderung kann hier, der irrigen Meinung des Zahlenden ungeachtet, an jedem andern Orte geschehen, wo ein Gerichtsstand des Empfängers begründet ist, ohne daß die condictio indebiti eines weiteren Beysatzes, wegen des Zahlungsortes, bedarf; wie Paulus lehrt, wenn er *L. 27. D. de condict. indeb.* sagt: Qui, *loco certo debere existimans*, indebitum solvit, *quolibet loco repetet:* non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur [1]).

2) Es

1) S. MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 15. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. Vergleiche auch den 6. Theil dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 516. S. 302. u. f.

2) Es muß an einem andern Ort geklagt werden, als an welchem die Zahlung geschehen sollte. Wird also an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt, so findet die condictio de eo quod c. l. nicht Statt, sondern es wird die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Klage direct angestellt, gesetzt auch, daß mehrere Zahlungsorte alternativisch wären bestimmt worden. Nur dann, wenn weder an dem einen, noch dem andern Ort, sondern an einem dritten geklagt wird, ist die *condictio de eo quod certo loco* nöthig. Hier muß aber dem Schuldner nach Befinden der Umstände das Interesse wegen des Zahlungsorts vergütet werden [2]). War hingegen der Schuldner in mora, so verliert er das ihm sonst bey alternativen Verbindlichkeiten gebührende Wahlrecht, und es geht solches nunmehr auf den Gläubiger über, welcher jetzt nicht nur unter mehreren alternativ bestimmten Zahlungsorten wählen kann, wo er klagen will, sondern auch, wenn etwa nach dem Unterschied der Orte auch die Gegenstände der Verbindlichkeit alternativisch wären bestimmt worden, unter diesen nothwendig die Wahl haben muß, wenn sein Klagerecht nicht vereitelt werden soll. Es sind hier folgende Stellen zu bemerken.

a) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Si quis *Ephesi decem*, aut *Capuae hominem* dari stipulatus experiatur, non debet, detracto altero loco, experiri: ne auferat loci utilitatem reo.

b) §. 3.

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Franç.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 2. in *Operib.* pag. 924. MAGNUS Ration. et Different. iuris. Lib. I. cap. 16. (Tom. III. *Thes. Meerman.* pag 283.) und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. Tit. Nr. VIII. not. f. pag. 282.

b) §. 3. *eiusd. L.* 2. *h. t.* SCAEVOLA *libro* 15. *Quaestionum* ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate: sed quid debeat, esse in eius arbitrio; an debeat, non esse. Et ideo cum quis.[a]) Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt; caeterum ubi alter decessit, extingui eius electionem; ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promisit *Ephesi* aut *Capuae*, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse; semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio an debeat. Quare putat

a) Die Leseart ist hier sehr verschieden. In der Florentine heißt es *cum qui*, welches aber keinen rechten Sinn hat. Daher verwandelt Anton Faber in Rational. in Pand. ad h. L. mit Hülfe einer in der florentinischen Handschrift sehr gewöhnlichen Gemination wegen des Buchstaben S. mit welchem sich das folgende Wort anfängt, das qui in *quis*. So lesen auch die Elzevirischen Ausgaben. Allein Baudoza, Hugo a Porta, und Gothofredus haben eum, qui, statt *cum quis*. Dieser Leseart geben Russard, und Charondas den Vorzug. Unser Erlanger Pand. Codex hat gar, statt eum, *locum*, und schließt damit die vorhergehende Periode, so daß mit den Worten: *Qui Stichum* eine neue Periode angeht. Dies giebt aber vollends keinen richtigen Sinn. Haloander weicht von allen andern Lesearten ab. Er lieset so: *et ideo nec locum esse*, und schließt auch damit die Periode. Die Worte: *Qui Stichum* machen den Anfang der folgenden Periode aus. Die florentinische Leseart nach der Faberschen Emendation ist unstreitig die vorzüglichste. Bey Russard sind daher die Worte *qui Stichum* auf folgende Art zusammengezogen; *qui Stichum*.

putat, posse ab eo peti altero loco, et sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit SCAEVOLA, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

Dem aufmerksamen Leser dieser beyden Stellen kann nicht entgehen, daß die vom Ulpian in §. 2. vorgetragene Meinung, mit der des Scävola im §. 3. nicht übereinstimmt. Schon die Glossatoren waren daher bemüht, diesen Widerspruch zu heben. Rogerius kam auf die Gedanken, Ulpian trage im §. 2. nicht seine eigene Meinung, sondern die Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten vor, welche er nachher §. 3. aus Scävola widerlege. Accursius hingegen verwarf diese Erklärung geradezu als falsch, und stellt dagegen den Grundsatz auf, daß auch bey einer alternativen Bestimmung mehrerer Zahlungsorte dem Schuldner die utilitas loci nicht entzogen werden könne, wenn gleich der Gläubiger nur an einem der genannten Orte klagen sollte. Nam licet actor, sagt er, in locis habeat electionem, habet tamen ob hoc solum, ne sit in rei arbitrio, an debeat: non ob hoc, ut reus, in altero loco conventus, alterius loci non praetendat utilitatem. Dies scheint ihm der Sinn des §. 2. zu seyn, worin also nach seiner Erklärung Ulpian seine eigene Meinung vortrage. Die Worte *detracto altero loco* paraphrasirt er daher so: detracta utilitate alterius loci, quam haberet reus, si ibi solveret. Wenn es nun §. 3. heißt: *posse*

ab

ab eo peti altero loco et fine loci adiectione; so wolle dieses nur soviel sagen, der Schuldner könne bey einer alternativen Bestimmung mehrere Zahlungsorte an einem von beyden geradezu belangt werden, und zwar darum, weil er entweder hier oder dort Zahlung zu leisten versprochen hat. Allein dagegen hat schon **Anton Faber** 4) sehr gründlich erinnert, daß es einen offenbaren Widerspruch enthalte, wenn nach §. 2. dem Kläger die Wahl unter mehreren alternativisch bestimmten Orten aus rechtlicher Nothwendigkeit eingeräumt wird, und derselbe gleichwohl nach §. 1. für sein Wahlrecht dem Beklagten das Interesse des Orts zu vergüten schuldig seyn soll. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben viele jene Stellen dadurch zu vereinigen gesucht, daß sie den §. 2. von dem Falle verstehen, wenn von mehrern alternativisch bestimmten Zahlungsorten weder an dem einen, noch dem andern, sondern an einem dritten Ort geklagt wird; den §. 3. aber von dem Falle erklären, da der Gläubiger an einem der bestimmten Zahlungsorte klagt 5). Allein die Worte: *Quare et in proposito* in Verbindung mit den letzten Worten des §. 3. beweisen klar, daß **Ulpian** den im §. 2. vorgetragenen Fall im §. 3. verfolgt. Die Erklärung des **Rogerius**, welcher auch **Anton Faber** 6) und **Gerhard Noodt** 7) den

4) Rational. in Pand. ad §. 2. L. 2. D. h. t.

5) *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. seu Legg. Conciliatar. Centur. IV. Qu. 30. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. T. cap. 2. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. VIII. not. f. pag. 283. u. a. m.

6) Cit. loc. pag. 463.

7) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 308.

den Vorzug geben, ist daher wohl unstreitig die richtigste. **Ulpian** trägt wahrscheinlich im §. 2. die Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten vor, welche behaupteten, daß derjenige, welcher sich stipulirt hätte, es solle ihm entweder zu Ephesus eine bestimmte Summe Geld, oder zu Capua ein Sklave gegeben werden, nicht präcis an dem einen Ort auf Leistung dessen klagen können, was ihm daselbst zu geben versprochen worden ist; sondern er müsse alternativ klagen, so wie es die Stipulationsformel mit sich bringe, damit dem Schuldner nicht der Vortheil in Ansehung des Zahlungsortes benommen werde. Daß der §. 2. wirklich nur eine bloße Meinung enthalte, welche in dem §. 3. widerlegt und berichtiget wird, sieht man auch daraus, weil in den Basiliken [8]) der §. 2. ganz weggelassen, und blos das Resultat des §. 3. in dieselben aufgenommen worden ist. Jene Meinung hatte nun zwar für sich, daß bey alternativen Verbindlichkeiten immer die stillschweigende Uebereinkunft zum Grunde liegt, vermöge welcher dem Promittenten die Wahl zustehen solle [9]). Allein **Ulpian** billiget dennoch diese Meinung nicht. Er wendet aus Scävola's Quästionen (ein neuer Beweis, daß hier von Widerlegung einer entgegengesetzten Meinung die Rede sey [10])) sehr richtig ein, daß jener Entscheidungsgrund keine untrügliche Regel enthalte. Denn nicht immer hänge dasjenige, was in einer Stipulation stillschweigend liegt, schlechterdings von der

8) S. Tom. III. pag. 573.

9) *L. 10. §. ult. D. de iure dot. L. 95. pr. D. de solut.*

10) Denn die *libri Quaestionum* der alten röm. Rechtsgelehrten enthielten blos Erörterungen controverser civilistischer Rechtsfragen. S. OTTO in Papiniano Cap. XII. §. 1. pag. 362.

der Macht des Schuldners ab, weil es sonst in seiner Willkühr beruhen würde, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen wolle, oder nicht; sondern jener Satz müsse so eingeschränkt werden, daß es bey einer alternativen Verbindlichkeit zwar in der Macht und Willkühr des Schuldners stehe, was er leisten, aber nicht, ob er leisten wolle. Man sehe dies auch aus folgendem Beyspiele ganz klar. Wenn Jemand den Sklaven Stichus oder Pamphilus zu geben versprochen hat; so könne zwar der Schuldner wählen, welchen von beyden er geben will, aber doch nur so lange, als beyde am Leben sind. Stirbt also der eine, so falle nun die Wahl weg, und, der noch übrig ist, müße jetzt schlechterdings gegeben werden. Denn wollte man auch in diesem Falle noch das Wahlrecht des Schuldners gelten lassen, so könnte er leicht sagen, er hätte den verstorbenen Sklaven gewählt, und sich auf solche Art nach Willkühr seiner Verbindlichkeit entledigen. Auf gleiche Art verhalte sich nun auch die Sache in dem oben § 2. vorgetragenen Falle, (in proposito) wenn weder an dem einem noch an dem andern Ort die Leistung erfolgt ist. Denn sollte jetzt noch dem Schuldner die Wahl freystehen, so würde er immer dem Kläger entgegensetzen können, er wolle an dem andern Orte Zahlung leisten, und so würde denn am Ende die ganze Leistung blos von seiner Willkühr abhängen. Es ist demnach eine nothwendige Folge, daß man nunmehr dem Kläger die Wahl überlasse, nach seinem Gefallen an einem von beyden Orten auf Leistung der daselbst versprochenen Sache zu klagen. Es ist auch nun gar nicht nöthig, in der Klage des andern Ortes weiter zu gedenken. Denn es wäre in der That lächerlich, dem Beklagten, nach der Meinung des Accursius, wegen des etwa entzogenen Vortheils in Rücksicht

sicht des Zahlungsortes ein Interesse zuzuerkennen, da es von seiner Macht und Willkühr abhing, dem Kläger durch zeitige Leistung der schuldigen Sache zuvorzukommen. Daher ist die Klage hier keine andere, als die aus dem Geschäft selbst entspringende directe Klage. Nam utilitas loci nunquam aestimatur, sagt Anton Faber, nisi ex aequitate, cum *arbitraria* agitur, non autem cum in eo ipso loco, in quo dari res debuit. Der Zweck der ganzen Erörterung geht nun dahin, zu zeigen, daß bey einer alternativen Bestimmung mehrerer Zahlungsorte die condictio de eo quod certo loco wegfalle, wenn an einem der bestimmten Zahlungsorte selbst geklagt wird. Denn hier hat der Gläubiger die Wahl, wo er klagen will. Dem Schuldner steht die Wahl, wo er Zahlung leisten will, nur so lange frey, als es noch nicht zur Klage gekommen ist. Ist mit der alternativen Bestimmung der Zahlungsorte auch eine Alternative in Ansehung des zu leistenden Objects festgesetzt, wie in dem oben §. 2. vorgetragenen Falle; so kommt zwar dem Kläger auch in Ansehung des letztern die Wahl zu, doch nur in sofern, als das Object an den Ort gebunden ist. Er kann also, wenn er z. B. zu Ephesus klagt, nur die daselbst versprochene Summe Geld fordern, nicht aber alternativ auf das Geld oder den Sklaven klagen, welcher zu Capua gegeben werden sollte. Es ist dieses, wie Ulpian noch am Schluß bemerkt, eine nothwendige Folge der gemischten Alternative mehrerer Orte und Sachen. Non enim potest, sagt daher Faber ganz recht, eligere stipulator locum Ephesi ad petendum, quin hoc ipso cogatur eligere decem, quae Ephesi dare debitor promisit, aut locum Capuae, quin hominem petere debeat, non decem. Ein Anderes wäre,

wenn

wenn der Gläubiger an einem dritten Ort klagen wollte. Dies kann er, wenn weder an dem einen noch dem andern die Zahlung erfolgte. Hierzu reicht nun aber freylich die directe Klage nicht hin, sondern es muß die Condiction gebraucht werden, und zwar muß hier der Gläubiger alternativisch klagen, mit Angabe der Orte, wo das Eine oder das Andere hätte geleistet werden sollen, damit dem Beklagten die Wahl bleibe. Es kommt aber auch hier zugleich das Interesse in Anschlag, je nachdem der eine oder andere Theil durch die Abänderung des Zahlungsortes Schaden leidet. Mit Recht sagt daher Voet [11]). Si tamen extra duo loca, promissioni alternatim adjecta, actor alibi petere velit, utriusque loci mentionem fieri necesse est, immo et utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cuius velit loci et rei aestimationem considerari, ut secundum eam iudex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori praestandum sit.

c) *L.* 4. *D. h. t.* Quodsi Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.

Daß es auch nach diesem Gesetz die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Hauptklage selbst sey, welche an dem Zahlungsorte angestellt wird, ist daraus klar, weil hier gesagt wird, daß mittelst derselben weiter nichts, als die schuldige Summe allein, gefordert werden könne. Denn

Klagen

11) Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

Klagen aus den Geschäften des strengen Rechts gehen nicht auf das Interesse. [12]) Ulpian fügt jedoch zwey Ausnahmen hinzu 1) wenn sich der Gläubiger auf den Fall, da die Zahlung nicht dem Versprechen gemäß erfolgen würde, ausser der schuldigen Hauptsumme noch Etwas anderes ausdrücklich stipulirt hat; z. B. Zinsen, oder eine Conventionalstrafe. 2) Wenn eine Zahlungszeit ist festgesetzt worden, und die Zahlung nicht präcis zu dieser Zeit erfolgt ist. Hier kann selbst mit der actione ex stipulatu geradezu auf das Interesse wegen des Verzugs geklagt werden. [13]) Dies wird hier temporis utilitas genannt. Cujaz [14]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt nämlich, daß durch die adjectio temporis eben so wohl, wie durch die Bestimmung eines Zahlungsorts die aus dem Geschäft entspringende directe Klage in eine actio arbitraria verwandelt werde. Eben dieses behaupten auch Janus a Costa [15]), Emund Merill [16]), und Joh. Matth. Magnus [17]) wenigstens in dem Falle, wenn mit dem Zahlungsort zugleich eine gewisse Zahlungszeit verbunden worden ist. Z. B. es war stipulirt: Ephesi *Calendis Ianuariis proximis* decem dari. Hier

12) *L.* 38. §. 7. *D. de Usuris. L.* 3. *C. eodem.*

13) *L.* 114. *D. de Verb. Obligat.* Si fundum *certo die* praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus *ea die* praestetur: *consecuturum me, quanti mea intersit, moram facti non esse.* Man sehe auch *L.* 11. *D. de re iudic.*

14) Tract. ad Africanum ad L. 8. D. h. t.

15) Commentar. ad §. 33. I. de Actionib.

16) Observation. Lib. IV. cap. 19.

17) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 18. (bey MEERMAN Tom. III. pag. 287.)

Hier müsse propter utilitatem temporis mit der actione arbitraria auch an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt werden. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Denn nicht die bloße Bestimmung eines Zahlungsortes macht die aus dem Geschäft entstehende Hauptklage schon zu einer actio arbitraria, sondern die Condiction ist nur dann nöthig, wenn an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, geklagt wird. Hier muß das officium iudicis eintreten, damit keinem Theile die utilitas loci entzogen werde. Wie kann also die adjectio temporis die Klage des Hauptgeschäfts in eine actionem arbitrariam verwandeln, wenn an dem bestimmten Zahlungsorte selbst geklagt wird? Das Interesse wegen des Verzugs wird ja hier nicht officio iudicis zuerkannt, sondern es muß dem Kläger iure obligationis geleistet werden. Ferner da hier die Klage so lange als unstatthaft verworffen werden muß, so lang die Zahlungszeit noch nicht verstrichen ist [18]); so könnte ja die actio directa nie Statt haben, wenn die Klage, welche der Gläubiger jetzt nach Ablauf der Zahlungszeit anzustellen hat, die actio arbitraria oder utilis ist. Mit Recht haben daher **Anton Faber** [19]), **Anton Schulting** [20]), **Joh. Voet** [21]), **Reinhard Bachov** [22]), und

18) *L. 38. §. 16. L. 42. L. 118. §. 1. D. de Verbor. Obligat.* §. 33. *I. de actionib.*

19) Rational. in L. 4. pr. D. h. t. pag. 475. sqq. und besonders Conjecturar. iuris civ. Lib. XV. cap. 3.

20) Thes. controversar. Decad. XLVI. Th. 5.

21) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

22) Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIII. Thes. VI. Lit. D. pag. 898.

und Johann Jacob Wissenbach [23]) jene Meinung des Cujaz und seiner Anhänger verworffen.

Es giebt also keine *condictio de eo quod certo tempore*, sondern nur eine *condictio de eo quod certo loco*. Et dissimilitudinis ratio apertissima est, sagt Anton Faber [24]) sehr scharffsinnig, *quia tempus in tempore continetur, non etiam locus in loco*. Nam qui *Ephesi* petit, quod *Romae* dari debuit, proculdubio *alio loco* petit. At qui petit *Calendis Februariis*, quod praecedentibus *Ianuariis* iam solvi debuit, non *alio tempore* petit, *quam quo debitum sit*: quoniam, quod *Calendis Ianuariis praeteritis* debitum fuit, multo magis debetur *Februariis sequentibus*. Ibique sicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo solo induci, quod certo loco solvi debuerit, nisi illud etiam accedat, *ut alio, quam destinato loco, agere creditor velit;* ita absurdum est dicere, arbitrariam competere ob id tantum, *quod stipulationi dies adiectus* sit, si non illud quoque concurrat, *ut alio tempore petatur, quam quo debetur; quod ipsum tamen contingere nunquam potest*. Nam creditor, si *ante diem* petat, *male agit*, cum dies adiiciatur pro reo, non pro stipulatore [25]).

3) Es muß in der Klage der eigentliche Zahlungsort angegeben werden, weil sonst dem Kläger die exceptio

 plus

23) Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXVI. Th. 12. pag. 279. sq.

24) Conjectur. iur. civ. c. l. pag. 486.

25) *L. 41. §. 1. D. de Verb. Oblig. L. 50. D. de obligat. et act. L. 17. D. de Reg. iur.*

plus petitionis loco entgegenstehen würde [26]). Durch diesen Beysatz erhält die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Hauptklage den Beynamen der *condictio de eo quod certo loco*, und die besondere Eigenschaft, daß wenn sie nun an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, angestellt, und übrigens dem Richter die Bestimmung des Interesse wegen des Orts überlassen wird, die Klage nicht als unstatthaft verworffen werden kann. Es ist daher die *Condictio de eo quod certo loco* nicht sowohl eine neue Klage, als vielmehr nur eine adiectitia qualitas der aus dem obligatorischen Geschäft entspringenden Hauptklage, und wird deswegen auch in den Gesetzen *actio utilis* [27]) genennt, welcher Ausdruck immer eine gewisse Hauptklage voraussetzt. Heineccius [28]) erklärt sich hierüber sehr richtig, wenn er sagt, Quemadmodum enim creditor contra debitorem, Ephesi solvere obligatum, Ephesi agit *condictione certi ex mutuo*, *ex stipulatu*, *actione de constituta pecunia*: ita extra Ephesum cum debitore agit *ex mutuo*, *stipulatu*, *constituta pecunia*, *de eo quod certo loco*. Hierin sind auch, bis auf Anton Faber [29]), alle einver-

26) §. 33. *I. de actionib.*

27) *L. 1. in fin. h. t. Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. sagt: *Utilis* vocatur, quoniam ex directo summoque iure actio competere non potest, propter naturam contractus, qui stricti iudicii est, in qua suppleri non potest id, quod a contrahentibus expressum non est. At expressum est, ut solvat debitor Ephesi. Sed haec subtilitas iuris civilis neglecta est, propter aequitatem, et comparata est *actio utilis*.

28) Elem. iuris civ. sec. ord. Pandect. h. t. §. 87.

29) Conjectur. iur. civ. Lib. XV. cap. 2. und de Erroribus Pragmaticor. Decad. XCI. Err. 5.

einverstanden, dessen Meinung aber schon von Bachov [30]) gründlich widerlegt worden ist. Wenn nun also die *condictio de eo quod certo loco* die besondere Eigenschaft hat, daß vermittelst derselben eine schuldige Leistung an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, gefordert werden kann; so entsteht die Frage, ob deswegen die Klage überall, wo sich der Schuldner treffen läßt, wider denselben angestellt werden könne, wenn er auch sonst diesem Forum nicht unterworffen wäre? Bartolus behauptete dieses wirklich. Ihm folgte auch Anton Faber [31]), doch nicht sowohl aus dem Grunde, den erster anführt, nämlich, weil der Schuldner wegen das ihm zu vergütenden Interesse in Rücksicht des eigentlichen Zahlungsorts keinen Schaden leide; sondern weil derselbe, wenn kein Zahlungsort bestimmt wäre, überall belangt werden könnte, wo er angetroffen wird. Allein beyde irren sehr, wie schon Reinhard Bachov [32]) zur Genüge gezeigt hat. Wie irrig Fabers Hypothese sey, beweißt der Ausspruch Ulpians, welcher *L. 19. §. ult. D. de iudiciis* sehr nachdrücklich sagt: Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, *utrobique* posse conveniri, et hic et ibi. In der That würden die Worte: *si in provincia habuit domicilium*, ein

X 3 ganz

30) Tract. de Actionib. Disput. VII. P. II. Th 4. Man s. auch VOET h. t. §. 1. in fin. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 33. I. de action. FRANTZKE Commentar. ad Pand. h. t. nr. 8. und THIBAUT Syst. de P. R. 1. B. §. 96.

31) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XC. Error. 7.

32) Tr. de Actionib. Disput. VII. P. II. Th. 4. pag. 89. sqq.

ganz überflüssiger und ungereimter Zusatz seyn, wenn jene Meinung Grund hätte, wie auch **Voet**[33]) sehr richtig bemerkt hat. Zwar ist nicht zu läugnen, daß einige Stellen des römischen Gesetzbuchs dieselbe zu begünstigen scheinen. Denn so sagt **Papinian** *L.* 43. *D. de iudic.* Eum, qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, *quocunque loco* agere posse in id, quod interest, constat. Eben so **Paulus** in der bereits oben vorgekommenen *L.* 27. *D. de condict. indeb.* Qui loco certo debere existimans, indebitum solvit, *quolibet loco* repetet. Wollte man auch etwa gegen diese Stellen einwenden, daß hier nicht von der actione arbitraria, sondern directa die Rede sey; so scheint wenigstens **Ulpian** keinen Zweifel übrig zu lassen, wenn er *L.* 16. §. 1. *D. de pecunia constit.* lehrt: Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est: *sed, exemplo arbitrariae actionis, ubique potest.* Demohngeachtet läßt sich eine so ausdehnende Erklärung nicht annehmen, als die Worte auszudrücken scheinen. Denn würde es nicht ein offenbarer Widerspruch, ja die größte Ungereimtheit seyn, wenn durch Bestimmung eines gewissen Zahlungsortes nunmehr der Gläubiger eine ausgedehntere Befugniß erhalten haben sollte, als er in dem Fall, da kein Zahlungsort bestimmt ist, gehabt hätte, da doch, durch Beyfügung desselben, offenbar die Absicht war, die Befugniß des Gläubigers in Rücksicht auf den Gerichtsstand des Schuldners zu beschränken? Man erwäge ferner nur die Absicht der Einführung unserer Condiction. Diese gieng, wie **Cujaz** *L.* 1. *D.* *h. t.*

33) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

h. t. lehrt, blos dahin, damit nach der Natur der stricti iuris Geschäfte die daraus entspringende Klage nicht vereitelt werden möchte, wenn sich etwa der Schuldner an dem bestimmten Zahlungsorte nie treffen ließe. Es soll also der Gläubiger durch die ihm zum Besten gegebene actio utilis blos in den Stand gesetzt werden, worin er sich befunden hätte, wenn kein Zahlungsort wäre beygefügt worden. Denn hätte aber der Gläubiger den Schuldner doch nur in seinem ordentlichen Gericht belangen können [34]). Es können demnach die in den oben angeführten Gesetzstellen vorkommenden Ausdrücke: *quocunque loco, quolibet loco, ubique*, nach der Rechtsanalogie blos auf solche Orte beschränkt werden, wo nach den allgemeinen Regeln des Civilrechts der Gerichtsstand des Beklagten begründet ist, wie, ausser Bachov, auch Wissenbach [35]), Perez [36]), Schulting [37]), Doneau [38]), Duaren [39]), Westenberg [40]), Lauterbach [41]), Cocceji [42]), und Wernher [43]) jene Stellen

 ganz

34) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sit ita.* Tom. II. Oper. pag. 307.

35) Exercitat. ad Pand. Disput. XXVI. Th. 10.

36) Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 18. nr. 1.

37) Thes. controversar. Decad. XLVI. Th. 6.

38 Commentar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 19. §. *Maiorem dubitationem.* pag. 996.

39) Comment. ad h. Tit. cap. 4. pag. 926.

40) Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 18.

41) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

43) Lectiss. Commentation. in Pand. P. I. h. t. §. 7.

ganz richtig erklären. Viele [44]) wollen jedoch behaupten, daß die Condictio de eo quod certo loco blos in foro domicilii des Schuldners anzustellen sey. Andere [45]) hingegen rechnen auch noch das forum contractus hierher. Allein gegen diese letzte Meinung haben schon mehrere [46]) nicht ohne Grund erinnert, daß ja an dem bestimmten Zahlungsort der Gerichtsstand des Contracts begründet werde [47]), folglich die daselbst anzustellende Klage nicht die actio arbitraria, sondern vielmehr directa sey. Denn ist zur Erfüllung des Contracts ein gewisser Ort bestimmt, so kommt der Ort, wo der Contract geschlossen worden ist, in keine weitere Betrachtung. [48]) Da jedoch ein Römer, ausser seinem Wohnort in der Provinz, auch zu Rom, als der communis omnium patria [49]), so wie an dem Ort, der

44) NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. STRAUCH Dissertation. ad univ. ius Iustin. Diss. XVII. §. 8. THOMASIUS in Schol. ad *Huberi* Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 4. und besonders HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 88.

45) BACHOV. c. l. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 69. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 10. VINNIUS Commentar. ad §. 33. I. de Actionib. nr. 1. ad verb. *Alio loco petenti.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. in Resp. ad Schol. WISSENBACH c. l. BERGER Resolution. LL. obstant. h. t. Qu. un. u. a.

46) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. s. LAUTERBACH c. l. §. 13. in fin. HEINECCIUS c. l. §. 88. not. *. WERNHER cit. loc.

47) *L.* 21. *D. de obligat. et actionib.*

48) *L.* 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* S. den 6. Th. dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 516. S. 296.

49) *L.* 33. *D. ad municipalem.* NOODT Commentar. ad Dig. Lib. V. Tit. 1. pag. 153.

der für sein besonders Vaterland gehalten wurde, belangt werden konnte, wenn er daselbst gegenwärtig war [50]); so läßt sich das quocunque loco, und ubique in den oben angeführten Gesetzstellen nun sehr wohl erklären.

4) Die *condictio de eo quod certo loco* hat nicht eher Statt, als wenn die Hauptklage an dem bestimmten Zahlungsorte hätte angestellt werden können. Nun lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

a) Es ist ein gewisser Zahlungstermin bestimmt. Hier kann nicht eher geklagt werden, als bis dieser Termin völlig abgelauffen ist. [51]).

X 5 b) Es

50) *L. 29. D. ad municipal.* S. den 6. Th. dieses Commentars und dessen 1. Abth. §. 511.

51) §. 33. *I. de Actionib.* §. 2. *I. de Verb. obligation. L.* 42. *L.* 46. *pr. D. eodem.* Der Gläubiger ist auch in einem solchen Falle, da die Zahlung, der Uebereinkunft zu Folge, nach Ablauf einer bestimmten Zeit an einem dritten Ort geschehen soll, das Geld vor der Zeit an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsorte, anzunehmen nicht schuldig, weil ihm der Vortheil des bedungenen Orts nicht entzogen werden darf. *L. 122. pr. D. de Verb. Obligat.* S. MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris. civ. Lib. I. cap. 14. Tom. III. *Thes. Meerman.* pag. 281. sq. und DUARENUS in Comm. ad L. cit. 122. D. de Verb. Obl. *Oper.* pag. 774. Wäre nicht zugleich Ort und Zeit bestimmt, sondern die letztere allein festgesetzt, so kann der Schuldner, wenn er will, auch vor dem Ablauff der Verfallzeit Zahlung leisten. *L. 50. D. de obligat. et act. L.* 38. §. 16. *L.* 41. §. 11. *L.* 137. §. 2. *in fin. D. de Verb. Oblig.* S. den 4. Th. dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 335. S. 485.

b) Es ist keine gewisse Zeit zur Leistung festgesetzt worden. Hier muß dem Schuldner wenigstens soviel Zeit gestattet werden, als in seiner Lage und nach seinen Umständen erforderlich ist, um an den Zahlungsort hinzureisen. Ein solcher Zeitraum ist immer stillschweigend in einer solchen Stipulation begriffen, vermöge welcher Jemand an einem dritten Ort etwas zu leisten versprochen hat, weil Niemand zu etwas Unmöglichen verpflichtet werden kann. [52]) Früher ist die Klage ganz unstatthaft. Es gehören hierher folgende Stellen.

a) *L.* 2. §. 6. *D. h. t.* Qui ita stipulatur: *Ephesi decem dari*, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, *perperam ante diem agi:* quia et JULIANUS putat, *diem tacite huic stipulationi inesse.* Quare verum puto, quod JULIANUS ait, eum, qui Romae stipulatur, hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.

Gerhard Noodt [53]) erklärt diese Stelle von der condictione de eo quod certo loco. Gesetzt aber, man wollte sie auch von der directen Klage verstehen, so ist wohl sehr natürlich, daß die Condiction nicht früher an einem andern Ort angestellt werden kann, als die directe Klage am Zahlungsorte selbst angestellt werden konnte. Sogar gegen den Bürgen hat die Condiction nicht eher Statt, wenn er für den Schuldner an einem bestimmten Ort Zahlung zu leisten sich verbindlich gemacht hat, als wenn es auch

52) §. 5. *I. de Verbor. obligat.* Eine Ausnahme enthält *L.* 141. §. 4. *D. eod.*

53) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 309. §. *Nescio.*

auch diesem möglich gewesen wäre, an den Zahlungsort hinzukommen, gesetzt auch, daß sich der Hauptschuldner schon daselbst befinden sollte. Im Gegentheil möchte auch immerhin der Bürge am Zahlungsorte anzutreffen seyn. Er kann dennoch nicht eher in Anspruch genommen werden, als nachdem es auch dem Hauptschuldner physisch möglich war, an den Zahlungsort hinzukommen, wie folgende merkwürdige Stelle aus **Papinians** Quästionen bestätiget:

b) *L.* 49. §. 2. *D. de fideiussor.* Quaesitum est, an fideiussor, qui, *Capuae pecuniam se daturum*, Romae promisit, si reus promittendi *Capuae* esset, statim conveniri possit? Dixi, non magis fideiussorem confestim teneri, quam si ipse *Capuae* spopondisset, *cum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset.* Nec ad rem pertinere, quod hoc latere [54]) nemo dubitet, nondum fideiussorem teneri; quia nec ipse reus promittendi teneretur: nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor *Capuae* sit, fideiussorem confestim teneri, *non habita ratione taciti proprii temporis*, eventurum, ut eo casu fideiussor conveniatur, quo debitor ipse, si *Romae* fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet, *fideiussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona reciperare, tam rei promittendi, quam ipsius fideiussoris*: quoniam aliud respondentibus, contra iuris formam, in duriorem conditionem acceptus intelligetur.

Bey

55) Id est *pro hac parte*, s. *in hac specie.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Latus*, und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Tit. de fideiussor. Nr. XLIII. not. h.

Bey der Bestimmung der Zeit, welche erfordert wird, um an den Zahlungsort hinzukommen, hat der Richter, auf dessen Ermessen es hier vorzüglich ankommt, darauf zu sehen, wie bald es Personen von dem Alter, Stand, Geschlecht und Gesundheit, zu denen der Verpflichtete gehört, möglich war, an den Zahlungsort mit Bequemlichkeit hinzureisen. Folgende Stelle verdient hier besonders bemerkt zu werden.

c) *L.* 137. §. 2. *D. de verbor obligat.* Cum ita stipulatus sum, *Ephesi dari*? inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur? et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod factum se promiserit: ut, qui *Ephesi* daturum se spoponderit, neque duplomate [65]), diebus, ac noctibus, et omni tempestate contemta iter continuari cogatur; neque tam deli-

65) *Duploma* s. *Diploma* hic accipe, sagt DUARENUS in Commentar. ad h. L. *Oper.* pag. 787. quod a principe impetratur, ut equis publice dispositis uti liceat. *Postam* vulgo dicimus. Privatis enim absque principis diplomate cursus publicus olim non permittebatur. *L. 11. Cod. de cursu publico.* Cuius moris meminit PLINIUS *Lib. X. Epist. penult.* Mit dieser Erklärung stimmt auch CUJACIUS in Comm. ad L. 137. D. de Verb. Oblig. überein, wenn er sagt: *Duplomata* sunt codicilli, qui dantur cursu publico utentibus, quae et *Tractoriae* et *Combinae* dicuntur. Diese *Duplomata* werden auch *Evectiones* genannt. *L. 3. Cod. de curs. publ. L. 11. Cod. eod.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Duploma*. Allein hier wird die causa pro effectu genommen, und also *diploma* pro cursu publico,

delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat: *sed habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis; cum id agat, ut mature perveniat, id est, eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire.* Eoque transacto, quamvis *Romae* remanserit, nec possit *Ephesi* pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipsum steterit, quominus *Ephesi* daret; vel quoniam per alium *Ephesi* possit dari; vel quia *ubique* potest solvere. [56]) Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate usus, aut felici navigatione, maturius, quam quisque, pervenerit *Ephesum*: confestim obligatus est: quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullius est coniecturae locus.

Uebrigens kann die Condiction Statt finden, wenn gleich der Schuldner nicht in mora ist. Denn es können sich auf Seiten des Gläubigers unterdessen die Umstände geändert haben, so daß ihm jetzt die Leistung an dem verabredeten Zahlungsort nichts mehr nützt, zu welcher gleichwohl der Schuldner an dem bestimmten Orte bereit war.

Hier

blico, qui, ut fit, diplomate Principis efficitur, wie *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 137. §. 2. D. de Verb. Obligat. nr. 10. pag. 405. dieses Wort erklärt.

56) Dies ist nämlich so zu verstehen, wenn sich der Gläubiger die Zahlung an einem andern Ort will gefallen lassen. S. DUARENUS in Comm. ad L. 122. D de. Verb. obligat. *Oper.* pag. 774. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. MAGNUS bey *Meerman* Tom. III. pag. 281. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

Hier wäre es unbillig, wenn nicht die Leistung auch an einem andern Ort gefordert werden dürfte, weil der Beklagte das interesse loci ersetzt bekommt [57]).

5) Die *condictio de eo quod certo loco* setzt ferner eine Verbindlichkeit zum Geben voraus, und zwar wird hier unter dem Ausdruck Geben (*dare*) auch das Widergeben (reddere), Zahlen (solvere), und Uebergeben (tradere) begriffen, wie Cujaz [58]), zu Folge der Gesetze dieses Titels [59]), sehr richtig bemerkt hat. Ist also ein bloßes Factum versprochen worden, bey welchem keine Tradition des Gemachten vorkommt, z. B. es hat sich Jemand verbindlich gemacht, an einem bestimmten Ort binnen einer gewissen Zeit ein Gebäude aufzuführen, er hat aber sein Versprechen nicht erfüllt [60]); so ist die *actio utilis* nicht nöthig, sondern es kann hier *actione directa ex stipulatu* auf das Interesse an jedem Orte geklagt werden, wo ein Gerichtsstand des Verpflichteten begründet ist [61]). Der Grund

57) S. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 14. und *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. circ. fin.

58) Tract. III. ad *Africanum*, ad L. 8. D. h. t. pag. 398.

59) *L. 5. 6. et 7. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de constit. pecun.*

60) Ob und wodurch bey versprochenen bloßen Facten eine mora eintreten könne, zeigt Schöman in den Fragmenten aus seinen civilist. u. criminalist. Vorlesungen I. §. 16.

61) *L. 43. D. de iudic.* Anderer Meinung sind zwar Doneau und Treutler, welche auch bey den obligationibus faciendi die Condiction für begründet halten. Allein schon BACHOV ad TREUTLERUM Vol. I. Diss. XXIII. Th. 6. lit. C. pag. 897. und BOECKELMANN in Comm. ad Dig. h. t. §. 6. haben diese Meinung widerlegt.

Grund dieses Unterschieds beruhet darin, weil zwar eine Sache an jedem andern, als dem verabredeten Ort, gegeben, allein ein Gebäude nur an dem Ort aufgeführt werden kann, wo es bedungen worden ist [62]. Daher gilt auch dergleichen Stipulation anders nicht, als wenn zugleich der Ort, wo das Gebäude errichtet werden soll, bestimmt worden ist. [63]) Endlich

6) die aus dem unterliegenden Geschäft entspringende directe Klage muß nach der Strenge des Rechts nicht hinreichend seyn, um mittelst derselben die schuldige Leistung an einem andern, als den bestimmten Orte, nebst dem Interesse fordern zu können. **Gerhard Noodt** [64]) bemerkt, daß ursprünglich die condictio de eo quod certo loco bloß wegen der Strenge der Stipulation eingeführt worden sey. Erst in der Folge sey sie durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten erweitert, und der Billigkeit wegen auch auf die actionem mutui, actionem ex testamento, und de constituta pecunia erstreckt worden. Denn keine dieser

62) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. §. *Addamne* etc. Zwar wollen CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad L. 8. D. h. t. und de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. den Grund darin suchen, daß die stipulatio facti eine obligationem incerti bewirke, welche nicht präcis auf Leistung des Factums, sondern zugleich alternativ auf das Interesse gehe. Allein dieser Grund widerlegt sich aus dem, was von den obligationibus faciendi schon an einem andern Ort bemerkt worden ist. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 305. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. d.

63) *L. 2. §. 5. D. h. t. L. 95. D. de verbor. obligat.*

64) Comment. ad Dig. h. t. pag. 306. §. *Obtinet.*

dieser Klagen geht auf etwas Mehreres, als was das Wesen des Geschäfts mit sich bringt, woraus sie entstehen. Die erstere auf Wiedererstattung des Darlehns, die andere auf Leistung dessen, was der Testirer in seinem letzten Willen verordnet hat, nur daß mit dieser auch Zinsen des Verzugs gefordert werden können [65]), und die letztere kann darüber nicht hinausgehen, was die schon vorhandene Verbindlichkeit ausdrückt, welche durch das constitutum versichert wird. Ohne den Beysatz de eo quod certo loco könnte also mit keiner dieser Klagen das Interesse gefordert werden, wenn an einem andern, als dem bestimmten Orte, geklagt würde. Ulpian scheint selbst nicht undeutlich darauf hinzudeuten, wenn er *L. 16. §. 1. D. de constit. pecun.* sagt: daß auch beym constituto an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, *exemplo arbitrariae actionis*, geklagt werden könne [66]). Daß es bey den zweyseitigen bonae fidei Contracten, in welchen ein Theil dem andern etwas an einem bestimmten Orte zu leisten versprochen hat, der Condiction nicht bedürfe, sondern die aus denselben entspringende directe Klage genüge, um auch an einem andern Orte klagen, und das interesse loci fordern zu können, ist schon oben bemerkt worden. Bey diesen lag es schon in der Natur der Klage, daß der Richter von Amtswegen auf das Interesse wegen des Orts Rücksicht nehmen

65) *L. 34. D. de Usur. L. 84. L. 87. §. 1. D. de legat. II. L. 92. in fin. D. de condit. et demonstrat. L. 1. et L. 4. C. de usur. et fruct. legator.*

66) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCI. Err. 4. 5. et 6. Allein man sehe BACHOVII Tract. de Actionib. Disp. VII. P. II. Th. 3.

nehmen mußte, wenn gleich seine Anweisung (formula iudicii) hiervon nichts enthielt[67]. Nicht nur **Paulus** bestätigt dieses in der schon oben angeführten Stelle aus *L. 7. D. h. t.* sondern auch **Ulpian**, wenn er *L. 5. pr. D. Commodati* sagt: Si, *ut certo loco vel tempore reddatur commodatum*, convenit, *officio iudicis inest*, *ut rationem loci vel temporis habeat.* Jedoch macht **Paulus** in der angeführten *L. 7. §. 1. D. h. t.* die Ausnahme, wenn sich in einem bonae fidei Contract ein Theil dem andern durch Stipulation verbindlich gemacht hätte, sein Versprechen an einem bestimmten Orte zu erfüllen. Hier muß, wenn die Leistung an dem verabredeten Orte nicht erfolgt, und dieselbe an einem andern verlangt wird, nach dem Ausspruch des **Paulus** die actio arbitraria zu Hülfe genommen werden. Er sagt nämlich: Si tamen *certo loco traditurum se quis stipulatus sit*[68]), hac actione utendum erit.

Bey der condictio de eo quod certo loco hat nun der Richter vorzüglich auf den Schaden Rücksicht zu nehmen, den der eine, oder der andere Theil von der Abänderung

67) CUJACIUS Tract. III. ad *African.* ad L. 8. D. h. t. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. c. l. pag. 306. haben hierbey sehr richtig bemerkt, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptionisque doli mali, iudiciis bonae fidei inesse, ibique officio iudicis contineri.

68) Das Wort *stipulari* wird hier nicht active sondern passive genommen, so wie bey **Ulpian** *L. 26. §. 13. D. de condict. indeb.* Nach dem Zeugniß des PRISCIANUS Lib. VIII. wird es in diesem Sinn auch von **Suetonius** gebraucht. S. auch *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. §. *Obtinet.* pag. 306.

fung des Zahlungsortes hat. Um diesen gehörig zu ermessen, kommt es hauptsächlich darauf an, zu wessen Besten der Zahlungsort ist beygefügt worden [69]). Daher muß bald der Kläger dem Beklagten, bald dieser jenem das Interesse loci vergüten. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn die Schuld an dem Beklagten lag, daß die Zahlung nicht an dem bestimmten Orte erfolgte, und hier muß denn natürlich der Beklagte höher verurtheilt werden, wenn der Kläger Schaden dadurch erlitten hat; dahingegen wird der Beklagte auf eine geringere Summe verurtheilt, als er an dem contractmäßigen Orte hätte bezahlen müssen, wenn er derjenige Theil ist, der durch die Abänderung des Zahlungsorts den Schaden leidet. Diese Entschädigung muß dem Beklagten auch dann zuerkannt werden, wenn der Kläger auch ohne seine Schuld, durch ein zufälliges, blos seine Person betroffenes Ereigniß, wäre verhindert worden, sich an dem bestimmten Zahlungsorte zur Annahme einzufinden. Denn es ist der Vernunft und den Gesetzen gemäß, daß jeder Theil die nachtheiligen Folgen eines Mangels trage und vergüte, welcher sich in seiner eigenen Person, auf was immer für eine Weise, wenn auch gleich nur durch Zufall, ereignet hat [70]). Viele [71]) wollen zwar behaupten,

69) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

70) *L. 3. §. ult. D. de act. emti et vend. L. 137. §. 4. D. de verbor. obligat.* S. SCHOEMANS Lehre vom Schadensersatze. 2. Th. S. 20. ff.

71) *Ge.* FRANTZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 15. *Io. Fried.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 8. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 72. *Io.* VOET Comm in Pand. h. t. §. 6. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect.

haupten, es komme beym Schuldner gar nicht darauf an, ob er in mora sey oder nicht, ihm gebühre auf jeden Fall eine Vergütung, wenn ihm der Vortheil des Zahlungsorts entzogen wird, gesetzt auch, daß er selbst durch seine mora die Veränderung desselben veranlaßt hätte. Denn es sey kein Gesetz vorhanden, welches ihm diesen Vortheil versagt wissen wolle. Justinian verordne vielmehr ohne Unterschied: *in hac condictione rationem habendam esse utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit.* Ueberdem hebe kein Verzug ein erworbenes Conventionalrecht auf, sondern die nachtheiligen Folgen desselben erstreckten sich blos auf die Zukunft. Allein wenn es wahr ist, was Afrikan [72]) und Ulpian [73]) sagen: Quod nemini frustratio sua prodesse debeat, sed unicuique sua noceat mora; so ist nicht wohl zu begreiffen, wie der Beklagte die ihm entgangenen Vortheile des Zahlungsorts noch in Anschlag bringen könne, wenn es an ihm selbst lag, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte erfolgte. Mit Recht sagt daher der große Cujaz [74]): Moratoris utilitatem spectari, aestimarique,

Pandect. h. t. §. 6. *Hieron.* TREUTLER Disput. ad Pand. Disput. XXIII. Th. IV. lit. C. *Matth.* WESENBEC ad Pand. h. t. nr. 6. *Io.* STRAUCH Diss. de condict. de eo quod c. l. P. II. sub rubr. *Officium iudicis.* n. 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad Eundem c. l. not. f.

72) *L. 37. in fin. D. mandati.*

73) *L. 173. §. 2. D. de div. reg. iuris.*

74) Tract. III. ad Africanum ad L. 8. D. h. t.

kung des Zahlungsortes hat. Um diesen gehörig zu ermessen, kommt es hauptsächlich darauf an, zu wessen Besten der Zahlungsort ist beygefügt worden [69]). Daher muß bald der Kläger dem Beklagten, bald dieser jenem das Interesse loci vergüten. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn die Schuld an dem Beklagten lag, daß die Zahlung nicht an dem bestimmten Orte erfolgte, und hier muß denn natürlich der Beklagte höher verurtheilt werden, wenn der Kläger Schaden dadurch erlitten hat; dahingegen wird der Beklagte auf eine geringere Summe verurtheilt, als er an dem contractmäßigen Orte hätte bezahlen müssen, wenn er derjenige Theil ist, der durch die Abänderung des Zahlungsorts den Schaden leidet. Diese Entschädigung muß dem Beklagten auch dann zuerkannt werden, wenn der Kläger auch ohne seine Schuld, durch ein zufälliges, blos seine Person betroffenes Ereigniß, wäre verhindert worden, sich an dem bestimmten Zahlungsorte zur Annahme einzufinden. Denn es ist der Vernunft und den Gesetzen gemäß, daß jeder Theil die nachtheiligen Folgen eines Mangels trage und vergüte, welcher sich in seiner eigenen Person, auf was immer für eine Weise, wenn auch gleich nur durch Zufall, ereignet hat [70]). Viele [71]) wollen zwar behaupten,

69) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

70) *L. 3. §. ult. D. de act. emti et vend. L. 137. §. 4. D. de verbor. obligat.* S. SCHOEMANS Lehre vom Schadensersatze. 2. Th. S. 20. ff.

71) *Ge.* FRANTZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 15. *Io. Fried.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 8. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 72. *Io.* VOET Comm. in Pand. h. t. §. 6. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th.

haupten, es komme beym Schuldner gar nicht darauf an, ob er in mora sey oder nicht, ihm gebühre auf jeden Fall eine Vergütung, wenn ihm der Vortheil des Zahlungsorts entzogen wird, gesetzt auch, daß er selbst durch seine mora die Veränderung desselben veranlaßt hätte. Denn es sey kein Gesetz vorhanden, welches ihm diesen Vortheil versagt wissen wolle. Justinian verordne vielmehr ohne Unterschied: *in hac condictione rationem habendam esse utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit.* Ueberdem hebe kein Verzug ein erworbenes Conventionalrecht auf, sondern die nachtheiligen Folgen desselben erstreckten sich blos auf die Zukunft. Allein wenn es wahr ist, was Afrikan [72]) und Ulpian [73]) sagen: Quod nemini frustratio sua prodesse debeat, sed unicuique sua noceat mora; so ist nicht wohl zu begreiffen, wie der Beklagte die ihm entgangenen Vortheile des Zahlungsorts noch in Anschlag bringen könne, wenn es an ihm selbst lag, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte erfolgte. Mit Recht sagt daher der große Cujaz [74]): Moratoris utilitatem spectari, aestimarique,

Pandect. h. t. §. 6. *Hieron.* TREUTLER Disput. ad Pand. Disput. XXIII. Th. IV. lit. C. *Matth.* WESENBEC ad Pand. h. t. nr. 6. *Io.* STRAUCH Diss. de condict. de eo quod c. l. P. II. sub rubr. *Officium iudicis.* n. 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad Eundem c. l. not. f.

72) L. 37. *in fin. D. mandati*

73) L. 173. [illegible] D. *de* [illegible]

74) T[illegible] Afric[illegible]

b) Es ist keine gewisse Zeit zur Leistung festgesetzt worden. Hier muß dem Schuldner wenigstens soviel Zeit gestattet werden, als in seiner Lage und nach seinen Umständen erforderlich ist, um an den Zahlungsort hinzureisen. Ein solcher Zeitraum ist immer stillschweigend in einer solchen Stipulation begriffen, vermöge welcher Jemand an einem dritten Ort etwas zu leisten versprochen hat, weil Niemand zu etwas Unmöglichen verpflichtet werden kann. [52]) Früher ist die Klage ganz unstatthaft. Es gehören hierher folgende Stellen.

a) *L.* 2. §. 6. *D. h. t.* Qui ita stipulatur: *Ephesi decem dari*, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, *perperam ante diem agi:* quia et JULIANUS putat, *diem tacite huic stipulationi inesse.* Quare verum puto, quod JULIANUS ait, eum, qui Romae stipulatur, hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.

Gerhard Noodt [53]) erklärt diese Stelle von der condictione de eo quod certo loco. Gesetzt aber, man wollte sie auch von der directen Klage verstehen, so ist wohl sehr natürlich, daß die Condiction nicht früher an einem andern Ort angestellt werden kann, als die directe Klage am Zahlungsorte selbst angestellt werden konnte. Sogar gegen den Bürgen hat die Condiction nicht eher Statt, wenn er für den Schuldner an einem bestimmten Ort Zahlung zu leisten sich verbindlich gemacht hat, als wenn es auch

52) §. 5. *I. de Verbor. obligat.* Eine Ausnahme enthält *L.* 141. §. 4. *D. eod.*

53) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 309. §. *Nescio.*

auch diesem möglich gewesen wäre, an den Zahlungsort hinzukommen, gesetzt auch, daß sich der Hauptschuldner schon daselbst befinden sollte. Im Gegentheil möchte auch immerhin der Bürge am Zahlungsorte anzutreffen seyn. Er kann dennoch nicht eher in Anspruch genommen werden, als nachdem es auch dem Hauptschuldner physisch möglich war, an den Zahlungsort hinzukommen, wie folgende merkwürdige Stelle aus **Papinians** Quästionen bestätiget:

b) *L. 49. §. 2. D. de fideiussor.* Quaesitum est, an fideiussor, qui, *Capuae pecuniam se daturum*, Romae promisit, si reus promittendi *Capuae* esset, statim conveniri possit? Dixi, non magis fideiussorem confestim teneri, quam si ipse *Capuae* spopondisset, *tum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset*. Nec ad rem pertinere, quod hoc latere [54]) nemo dubitet, nondum fideiussorem teneri; quia nec ipse reus promittendi teneretur: nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor *Capuae* sit, fideiussorem confestim teneri, *non habita ratione taciti proprii temporis*, eventurum, ut eo casu fideiussor conveniatur, quo debitor ipse, si *Romae* fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet, *fideiussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona reciperare, tam rei promittendi, quam ipsius fideiussoris*; quoniam aliud respondentibus, contra iuris formam, in duriorem conditionem acceptus intelligetur.

Bey

55) Id est *pro hac parte*, s. *in hac specie*. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Latus*, und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Tit. de fideiussor.. Nr. XLIII. not. h.

Bey der Bestimmung der Zeit, welche erfordert wird, um an den Zahlungsort hinzukommen, hat der Richter, auf dessen Ermessen es hier vorzüglich ankommt, darauf zu sehen, wie bald es Personen von dem Alter, Stand, Geschlecht und Gesundheit, zu denen der Verpflichtete gehört, möglich war, an den Zahlungsort mit Bequemlichkeit hinzureisen. Folgende Stelle verdient hier besonders bemerkt zu werden.

c) *L.* 137. §. 2. *D. de verbor obligat.* Cum ita stipulatus sum, *Ephesi dari*? inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur? et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod factum se promiserit: ut, qui *Ephesi* daturum se spoponderit, neque duplomate [65]), diebus, ac noctibus, et omni tempestate contemta iter continuari cogatur; neque tam deli-

65) *Duploma* s. *Diploma* hic accipe, sagt DUARENUS in Commentar. ad h. L. *Oper.* pag. 787. quod a principe impetratur, ut equis publice dispositis uti liceat. *Postam* vulgo dicimus. Privatis enim absque principis diplomate cursus publicus olim non permittebatur. *L.* 11. *Cod. de cursu publico.* Cuius moris meminit PLINIUS *Lib. X. Epist. penult.* Mit dieser Erklärung stimmt auch CUJACIUS in Comm. ad L. 137. D. de Verb. Oblig. überein, wenn er sagt: *Duplomata* sunt codicilli, qui dantur cursu publico utentibus, quae et *Tractoriae* et *Combinae* dicuntur. Diese *Duplomata* werden auch *Evectiones* genannt. *L.* 3. *Cod. de curs. publ.* L. 11. *Cod. eod.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Duploma.* Allein hier wird die causa pro effectu genommen, und also *diploma* pro cursu publico,

delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat: *sed habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis; cum id agat, ut mature perveniat, id est, eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire.* Eoque transacto, quamvis *Romae* remanserit, nec possit *Ephesi* pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipsum steterit, quominus *Ephesi* daret; vel quoniam per alium *Ephesi* possit dari; vel quia *ubique* potest solvere.[56]) Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate usus, aut felici navigatione, maturius, quam quisque, pervenerit *Ephesum*: confestim obligatus est: quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullius est coniecturae locus.

Uebrigens kann die Condiction Statt finden, wenn gleich der Schuldner nicht in mora ist. Denn es können sich auf Seiten des Gläubigers unterdessen die Umstände geändert haben, so daß ihm jetzt die Leistung an dem verabredeten Zahlungsort nichts mehr nützt, zu welcher gleichwohl der Schuldner an dem bestimmten Orte bereit war. Hier

blico, qui, ut fit, diplomate Principis efficitur, wie *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 137. §. 2. D. de Verb. Obligat. nr. 10. pag. 405. dieses Wort erklärt.

56) Dies ist nämlich so zu verstehen, wenn sich der Gläubiger die Zahlung an einem andern Ort will gefallen lassen. S. DUARENUS in Comm. ad L. 122. D de. Verb. obligat. *Oper.* pag. 774. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. MAGNUS bey *Meerman* Tom. III. pag. 281. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

Hier wäre es unbillig, wenn nicht die Leistung auch an einem andern Ort gefordert werden dürfte, weil der Beklagte das interesse loci ersetzt bekommt [57].

5) Die *condictio de eo quod certo loco* setzt ferner eine Verbindlichkeit zum Geben voraus, und zwar wird hier unter dem Ausdruck Geben (*dare*) auch das Widergeben (reddere), Zahlen (solvere), und Uebergeben (tradere) begriffen, wie Cujaz [58]), zu Folge der Gesetze dieses Titels [59]), sehr richtig bemerkt hat. Ist also ein bloßes Factum versprochen worden, bey welchem keine Tradition des Gemachten vorkommt, z. B. es hat sich Jemand verbindlich gemacht, an einem bestimmten Ort binnen einer gewissen Zeit ein Gebäude aufzuführen, er hat aber sein Versprechen nicht erfüllt [60]); so ist die *actio utilis* nicht nöthig, sondern es kann hier *actione directa ex stipulatu* auf das Interesse an jedem Orte geklagt werden, wo ein Gerichtsstand des Verpflichteten begründet ist [61]). Der Grund

57) S. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 14. und *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. circ. fin.

58) Tract. III. ad *Africanum*, ad L. 8. D. h. t. pag. 398.

59) *L. 5. 6. et 7. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de constit. pecun.*

60) Ob und wodurch bey versprochenen bloßen Facten eine mora eintreten könne, zeigt Schöman in den Fragmenten aus seinen civilist. u. criminalist. Vorlesungen I. §. 16.

61) *L. 43. D. de iudic.* Anderer Meinung sind zwar Doneau und Treutler, welche auch bey den obligationibus faciendi die Condiction für begründet halten. Allein schon BACHOV ad TREUTLERUM Vol. I. Diss. XXIII. Th. 6. lit. C. pag. 897. und BOECKELMANN in Comm. ad Dig. h. t. §. 6. haben diese Meinung widerlegt.

Grund dieses Unterschieds beruhet darin, weil zwar eine Sache an jedem andern, als dem verabredeten Ort, gegeben, allein ein Gebäude nur an dem Ort aufgeführt werden kann, wo es bedungen worden ist [62]. Daher gilt auch dergleichen Stipulation anders nicht, als wenn zugleich der Ort, wo das Gebäude errichtet werden soll, bestimmt worden ist. [63]) Endlich

6) die aus dem unterliegenden Geschäft entspringende directe Klage muß nach der Strenge des Rechts nicht hinreichend seyn, um mittelst derselben die schuldige Leistung an einem andern, als den bestimmten Orte, nebst dem Interesse fordern zu können. **Gerhard Noodt** [64]) bemerkt, daß ursprünglich die condictio de eo quod certo loco bloß wegen der Strenge der Stipulation eingeführt worden sey. Erst in der Folge sey sie durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten erweitert, und der Billigkeit wegen auch auf die actionem mutui, actionem ex testamento, und de constituta pecunia erstreckt worden. Denn keine dieser

62) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. §. *Addamne* etc. Zwar wollen CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad L. 8. D. h. t. und de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. den Grund darin suchen, daß die stipulatio facti eine obligationem incerti bewirke, welche nicht präcis auf Leistung des Factums, sondern zugleich alternativ auf das Interesse gehe. Allein dieser Grund widerlegt sich aus dem, was von den obligationibus faciendi schon an einem andern Ort bemerkt worden ist. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 305. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. d.

63) *L. 2. §. 5. D. h. t. L. 95. D. de verbor. obligat.*

64) Comment. ad Dig. h. t. pag. 306. §. *Obtinet.*

dieser Klagen geht auf etwas Mehreres, als was das Wesen des Geschäfts mit sich bringt, woraus sie entstehen. Die erstere auf Wiedererstattung des Darlehns, die andere auf Leistung dessen, was der Testirer in seinem letzten Willen verordnet hat, nur daß mit dieser auch Zinsen des Verzugs gefordert werden können [65]), und die letztere kann darüber nicht hinausgehen, was die schon vorhandene Verbindlichkeit ausdrückt, welche durch das constitutum versichert wird. Ohne den Beysatz de eo quod certo loco könnte also mit keiner dieser Klagen das Interesse gefordert werden, wenn an einem andern, als dem bestimmten Orte, geklagt würde. Ulpian scheint selbst nicht undeutlich darauf hinzudeuten, wenn er *L. 16. §. 1. D. de constit. pecun.* sagt: daß auch beym constituto an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, *exemplo arbitrariae actionis*, geklagt werden könne [66]). Daß es bey den zweyseitigen bonae fidei Contracten, in welchen ein Theil dem andern etwas an einem bestimmten Orte zu leisten versprochen hat, der Condiction nicht bedürfe, sondern die aus denselben entspringende directe Klage genüge, um auch an einem andern Orte klagen, und das interesse loci fordern zu können, ist schon oben bemerkt worden. Bey diesen lag es schon in der Natur der Klage, daß der Richter von Amtswegen auf das Interesse wegen des Orts Rücksicht nehmen

65) *L. 34. D. de Usur. L. 84. L. 87. §. 1. D. de legat. II. L. 92. in fin. D. de condit. et demonstrat. L. 1. et L. 4. C. de usur. et fruct. legator.*

66) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCI. Err. 4. 5. et 6. Allein man sehe BACHOVII Tract. de Actionib. Disp. VII. P. II. Th. 3.

nehmen mußte, wenn gleich seine Anweisung (formula iudicii) hiervon nichts enthielt [67]. Nicht nur Paulus bestätigt dieses in der schon oben angeführten Stelle aus *L. 7. D. h. t.* sondern auch Ulpian, wenn er *L. 5. pr. D. Commodati* sagt: Si, *ut certo loco vel tempore reddatur commodatum*, convenit, *officio iudicis inest*, *ut rationem loci vel temporis habeat.* Jedoch macht Paulus in der angeführten *L. 7. §. 1. D. h. t.* die Ausnahme, wenn sich in einem bonae fidei Contract ein Theil dem andern durch Stipulation verbindlich gemacht hätte, sein Versprechen an einem bestimmten Orte zu erfüllen. Hier muß, wenn die Leistung an dem verabredeten Orte nicht erfolgt, und dieselbe an einem andern verlangt wird, nach dem Ausspruch des Paulus die actio arbitraria zu Hülfe genommen werden. Er sagt nämlich: Si tamen *certo loco traditurum se quis stipulatus sit* [68], hac actione utendum erit.

Bey der condictio de eo quod certo loco hat nun der Richter vorzüglich auf den Schaden Rücksicht zu nehmen, den der eine, oder der andere Theil von der Abänderung

67) CUJACIUS Tract. III. ad *African.* ad L. 8. D. h. t. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. c. l. pag. 306. haben hierbey sehr richtig bemerkt, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptionisque doli mali, iudiciis bonae fidei inesse, ibique officio iudicis contineri.

68) Das Wort *stipulari* wird hier nicht active sondern passive genommen, so wie bey Ulpian *L. 26. §. 13. D. de condict. indeb.* Nach dem Zeugniß des PRISCIANUS Lib. VIII. wird es in diesem Sinn auch von Suetonius gebraucht. S. auch *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. §. *Obtinet.* pag. 306.

ist nun die Frage zu entscheiden, ob und in wiefern ein an sich ungültiges Versprechen, oder auch ein nicht vollkommen wirksames Geschäft durch ein constitutum proprium gültig und wirksam gemacht werden könne [60]? Man hat hier folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist von solchen Geschäften die Rede, welche nach Vorschrift der Gesetze ganz ungültig und unwirksam sind. Hier ist es ausser Zweifel, daß bey solchen Geschäften ein eigentliches constitutum nicht Statt finden könne [61]). Denn dieses ist ohne eine vorhandene Verbindlichkeit undenkbar. Hactenus constitutum valebit, sagt Ulpian *L.* 11. *pr. D. h. t.* si, quod constituitur, *debitum* sit. Allein Geschäfte, welche die Gesetze für völlig ungültig erklären, können in den Gerichten nicht anders behandelt werden, als ob gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit daraus entstanden ist. Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens durch nachherige Genehmigung das an sich ungültige Geschäft verbindlich werden könne? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einerley Meinung. Einige [62]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Andere [63]) hinge-

60) Man sehe über diese Frage vorzüglich Webers syst. Entwickelung d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 126. u. 127.

61) ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 5. MYLIUS in Diss. de constituto obligatorio. Posit. 8.

62) NETTELBLADT System. elementar. iurisprud. positivae Germanor. §. 129. THIBAUT Syst. des P. R. §. 83.

63) S. Io. God. MEIERI Sched. de iure ratihabitionis. *Gissae* 1720. 4. §. 15.

hingegen stellen den ganz entgegengesetzten Grundsatz auf: actus in se plane nulli non possunt ratihaberi. Um diese verschiedenen Meinungen zu vereinigen, sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Der Grund der Ungültigkeit liegt in einer persönlichen Qualität des Urhebers des Geschäfts. Dieser gehört nämlich zu den Personen, welche nach Vorschrift der Gesetze ganz unfähig sind, über das Ihrige nach Willkühr zu verfügen, und sich verbindlich zu machen. Hier kann, so lange dieses persönliche Verhältniß fortdauert, auch die wiederholte Zusage einer solchen Person das ungültige Geschäft nicht gültig machen. Dies ist der Fall bey Unmündigen, gerichtlich erklärten Verschwendern, u. d. Hört hingegen jenes Verhältniß auf, so können jetzt die wegen der ehemaligen persönlichen Unfähigkeit unverbindlichen Geschäfte durch nachherige Genehmigung allerdings verbindlich werden [64]). Ein constitutum kann hier darum nicht angenommen werden, weil aus dem ohne vormundschaftliche Zustimmung geschehenen Versprechen solcher unfähiger Personen auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit entsteht, die sie selbst treffen könnte [65]).

2) Das Geschäft ist wegen mangelnder freyen Einwilligung desjenigen ungültig, welcher dasselbe geschlossen hat. Es ist z. B. durch Unwissenheit und Irrthum, oder durch Betrug, oder durch widerrechtlichen Zwang veran-

laßt

64) S. Weber a. a. O. §. 127.

65) *L. 41. D. de condict. indeb. §. 3. I. Quid mod. obligat. tollit.*

laßt worden. Daß ein solches Geschäft in der Folge durch freywillige Genehmigung gültig werden könne, leidet keinen Zweifel [66]).

3) Das Geschäft ist wegen fehlender gesetzlichen Form an sich nichtig. Hier kann zwar die nachher erfolgte Genehmigung das ungültige Geschäft nicht gültig machen. Denn die Form eines rechtlichen Geschäfts ist iuris publici, und hängt, wie Ziegler [67]) ganz richtig bemerkt, nicht von der Willkühr derjenigen ab, welche das Geschäft schließen. Daher ist es eine ganz allgemeine Regel, welche Paulus *L.* 29. *D. de div. reg. iur.* giebt, Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, welche nicht blos auf Testamente, sondern auch auf Contracte geht, wie Jacob Gothofredus [68]) und Joseph Averanius [69]) sehr ausführlich gezeigt haben. Allein die nachherige freywillige Anerkennung, welche von demjenigen geschehen ist, welcher die Handlung als nichtig hätte anfechten können, kann dennoch Verbindlichkeiten begründen, und auch selbst bey letzten Willensverordnungen von wichtigen Folgen seyn [70]), so wahr auch übrigens der Grundsatz bleibt,

66) *L.* 2. *et* 4. *Cod. de his, quae vi metusve caus. gest. sunt.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. I. §. 208.

67) Diss. de ratihabitione §. 14.

68) Commentar. in Tit. Pand. de civ. reg. iuris ad L. 29. D. h. T. pag. 169. sq.

69) Interpretation. iur. Lib. IV. cap. 22.

70) *L.* 16. §. 1. *Cod. de testam.* *L.* 23. *C. de fideicomm.* *L. ult.* *Cod. ad L. Falcid.* Irrig leitet sie VOET in Comm. ad Pand. h. t.

bleibt, daß ein gleich anfangs ungültig errichtetes Testament in der Folge nie, auch nicht durch Billigung der Intestat-Erben, gültig werden könne [71]).

4) Das Geschäft ist wegen eines gesetzlichen Verbots durchaus ungültig. Ein solches unerlaubtes und verbotenes Geschäft kann durch keine wiederholte Zusage oder Genehmigung gültig werden, noch Jemandem ein Recht geben, auf die Erfüllung desselben zu klagen. Daher ist z. B. in Ansehung verbotener Spielschulden, unerlaubten Zinswuchers, des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen, und ähnlicher verbotener Geschäfte jede freywillige, wenn gleich noch so oft wiederholte Anerkennung ganz ohne Wirkung, weil das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es einem gesetzlichen Verbote zuwider ist [72]). Ganz anders verhält sich hingegen die Sache, wenn

II. von solchen Geschäften die Rede ist, die zwar nicht ganz unverbindlich, aber doch im Wege Rechtens nicht vollkommen wirksam sind. Solche Geschäfte können durch ein Constitutum allerdings vollgültig und klagbar werden. Man setze z. B. das Klagrecht das Gläubigers wäre durch

Ver-

h. t. §. 5. aus einem constituto her. Man sehe *Barth.* CHESII Different. iuris. Cap. 46. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 762. sqq).

71) S. AVERANII Interpretat. iur. Lib. I. cap. 10. GRUPEN Disceptat. for. cap. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1339. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts II. B. §. 808. not. a.

72) S. Weber a. a. O. §. 127. S. 561. f.

Verjährung erloschen; da hier dennoch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners fortdauernd bleibt [73]), und diese schon zum Constitutum genügt [74]), so wird, wenn der Schuldner gleichwohl nach vollendeter Verjährung die Bezahlung verspricht, durch diese neue Anerkennung der Schuld das erloschene Klagerecht des Gläubigers ohne allen Zweifel wiederhergestellet [75]). Insofern jedoch der Grund der beschränkten Gültigkeit des Geschäfts in einem persönlichen Verhältniß des Schuldners liegt, muß freylich die wiederholte Zusage in der Folge zu einer solchen Zeit geschehen, wo dieses Verhältniß des Schuldners, und die damit verknüpften Hindernisse der gerichtlichen Vollgültigkeit des Geschäfts bereits aufgehört hätten. Wenn daher Jemand während der väterlichen Gewalt ohne Wissen seines Vaters Geld aufborgt, so kann ein solches Darlehn nur erst nach Aufhebung derselben durch ein Constitutum die völlige Wirkung der Klagbarkeit erhalten [76]).

Uebrigens ist zur Gültigkeit des Constitutums schon genug, wenn nur zu der Zeit, da das Zahlungsversprechen geschähe, wirklich eine Schuld vorhanden war. Gesetzt also die Klage, welche dem Gläubiger seiner Forderung wegen damalen zustand, wäre nachher durch Verjährung erloschen, weil sie eine bloße temporelle Klage war, man denke sich z. B. die actio redhibitoria oder actio iniuriarum; so bleibt dennoch das Constitutum gültig, weil die daraus

73) *L. 19. pr. D. de condict. indeb.*

74) *L. 1. §. 7. D. h. t.*

75) FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 15.

76) *L. 2. C. ad Sctum Macedon.*

daraus entstehende Klage eine actio perpetua ist[77]). Denn man sieht auch hier auf den Anfang des Geschäfts. Hieher gehört die Stelle Ulpians *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* wo er sagt: Quod adjicitur: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum, constituendo, CELSUS et JULIANUS scribunt teneri debere: licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem JULIANUS putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. Nach eben diesem Princip ist auch der Fall zu entscheiden, welchen Paulus *L.* 19. §. 2. *D. eod.* vorträgt, nämlich wenn der Vater dem Gläubiger seines Sohns die Bezahlung einer Schuld constituendo zusichert, weshalb dem letztern gegen den Vater die actio de peculio zustand. Gesetzt das Peculium, in Rücksicht dessen der Vater eigentlich nur für die Schuld seines Sohnes haften durfte, wäre auch nachher vermindert worden, oder gar zu Grunde gegangen, so bleibt dennoch die Verbindlichkeit des Vaters ex constituto fortdauernd, so wie sie zur Zeit des geschehenen Zahlungsversprechens durch die damalige Beschaffenheit des Peculiums begründet war. Paulus sagt: Si pater vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in

77) DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. pag. 930. und *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 18. §. 1. D. h. t.

in peculio; non minueretur peculium eo [78]), quod ex ea causa obstrictus esse coeperit: et licet interierit peculium, non tamen liberatur. Die actio constitutoria nimmt also hier nicht die Natur der actionis de peculio an.

Es hat auch endlich keinen Zweifel, daß sowohl eine bedingte, als eine noch nicht betagte Schuld, der Gegenstand des Constitutums seyn könne, wie ebenfalls Ulpian lehrt, wenn er *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* sagt: Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, *in diem* sit obligatus, an constituendo teneatur? Et LABEO ait, teneri constitutum: quam sententiam et PEDIUS probat: et adjicit LABEO, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta: quam sententiam non invitus probarem, habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum, teneatur. Bey einer bedingten Schuld scheint es zwar vor Justinian streitig gewesen zu seyn; der Zweifelsgrund lag darin, weil, so lange die Bedingung nicht existirt, weder eine obligatio noch actio vorhanden ist. Justinian gedenkt dieser Controvers in der oben angeführten *L.* 2. *C. h. t.* Allein der Zweifel läßt sich heben, wenn man erwägt, daß die Bedingung, wenn sie nachher existirt, auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen wird, nicht anders, als ob dasselbe von Anfang an unbe-

78) *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XV. cap. 5. will hier lesen: *non minuitur obligatio, licet minueretur peculium;* allein ohne Noth. Man sehe *Iust.* MEIERI Ευδοξῶν Iustinianeor. Decad. IV. cap. 9.

unbedingt geschlossen worden wäre [79]). Daher sagt Paulus L. 19. pr. D. h. t. Id, quod *sub conditione* debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur: ut existente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. Und dies findet nun auch nach *L.* 2. *C. eodem* um so weniger einiges Bedenken, je bekannter es ist, daß ja auch schon, während die Bedingung schwebt, wenigstens eine spes debitum iri vorhanden ist, welche der Berechtigte auf seine Erben überträgt [80]).

3) Das Constitutum erfordert zwar zu seiner Form und Gültigkeit nichts, als die Einwilligung der Interessenten [81]). Es kann daher, wie jeder andere Vertrag, sowohl unter Gegenwärtigen, als unter Abwesenden, es sey durch Briefe, oder Boten, geschlossen werden [82]). Es muß aber doch nach der Vorschrift des römischen Rechts deutlich bestimmt seyn, daß der Gläubiger seine Bezahlung von dem Constituenten erhalten solle [83]), gleichviel, ob die Summe der Schuldforderung dabey ausgedrückt wird, oder nicht [84]). Ist daher nur impersonaliter gesagt, der Gläubiger solle befriediget werden, ohne zu

79) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 315.

80) §. 4. *I. de Verb. obligat.* S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 19. pr. D. h. t.

81) *L.* 1. *pr. D. h. t. Franc.* DUARENI Comment. ad h. Tit. cap. 3. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 314.

82) *L.* 14. §. *ult. L.* 15. *D. h. t.*

83) *Fr.* DUARENUS c. l. cap. 4.

84) *L.* 14. *pr. D. h. t.*

zu bestimmen, von wem; oder ist das Constitutum so eingegangen, daß ein Dritter für den Constituenten Zahlung leisten solle, ohne daß jedoch dieser Dritte selbst seine Einwilligung erklärt hat; so gilt das constitutum nicht [85]), wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 5. §. 4. *D. h. t.* Sed si quis constituerit, *alium soluturum*, non se pro alio, non tenetur.

Nov. CXV. cap. ult. nach der Hombergkischen Uebersetzung: Praeter ea aliud quoque caput, quod ad *constitutam pecuniam*, seu promissiones spectat, hac Lege definiri nobis visum est. Sancimus igitur, si quis pro se, vel pro alia persona pecuniam constituerit, dicens forte alicui, *satis tibi faciam*, ut hic in quantitatem, quam dixit, omnibus modis obligetur, et constitutum suum impleat, atque debitum solvere cogatur. Si quis vero dicat, *satis tibi fiet:* hic (cum eiusmodi sermo sine mentione personae prolatus sit) tanquam nihil dixerit, ab omni exactione liber seruetur. Sin autem quis dicat, *satisfiet tibi a me, et ab hoc, et ab illo*, illis quidem, quos nominavit, nisi consentiant, nullum ex illo sermone praeiudi-

85) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. in fin. PEREZ Praelect. ad Cod. h. t. nr. 4. MÜLLER ad STRUVIUM Exercit. XVIII. Th. 75. not. θ. nr. V. Ein Anderes wäre, wenn aus der vorhergehenden Frage des Gläubigers oder aus andern Umständen ganz deutlich erhellet, daß der Constituent keinen Andern, als sich selbst gemeint habe. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLVII. Th. 5. Daß hier auch auf das iuramentum purgatorium erkannt werden könne, behauptet LEYSER Specim. CLII. medit. 5.

iudicium orietur; sed nec is, qui id dixit, pro illis personis, quas nominavit, exactionem aliquam sustineat: pro se vero id, quod ex debito secundum leges probato debere apparuerit, pro rata parte solum solvat. Quodsi dicat, *satis tibi fiet a me, vel ab hoc, vel ab illo*, tunc personis quidem nominatis simili modo non consentientibus nullum fiat praeiudicium, ille vero, qui hoc constituit, integrum debitum solvere cogatur: si quam autem contra personas nominatas putaverit sibi exactionem competere, hanc contra eas secundum leges proponat, et legum auxilio fruatur.

Hat der Constituent zwar gesagt, daß Er Zahlung leisten wolle, aber neben sich noch eine andere Person genennt, von welcher der Gläubiger ebenfalls seine Bezahlung erhalten solle; so unterscheidet das Gesetz, ob dieses copulativ oder alternativ geschehen ist. Im ersten Fall, wenn z. B. der Constituent gesagt hat, Du wirst von mir und dem Cajus deine Befriedigung erhalten, so ist er nur zu seinem Antheil verbindlich; in dem letztern Fall aber, wenn z. B. der Constituent gesagt hat, Ich oder Cajus werden Dir die Schuld bezahlen, so haftet der Constituent allein für die ganze Schuld[86]). Es gehört auch noch hierher die

Auth. Si quando *Cod. h. t.* Si quando quis pro se, vel pro alia persona pecuniam se solvere constituerit, vel spoponderit, sic dicens: *Satisfaciam tibi,*

 tene-

86) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinian. s. Exposit. method. Novellar. P. III. Cap. 5. nr. 9. sqq.

tenetur pro quantitate, quam promisit. Sin autem sic dixerit: *Satisfiet a me, et ab illo et illo:* illis quidem, quos nominavit, non consentientibus, solus pro rata tantum portione persolvet. Sin autem dixerit: *Satisfiet*, verbo impersonaliter prolato, non tenebitur. Sin autem sic dixerit: *Erit tibi satisfactum, aut a me aut ab illo;* illo, quem nominavit non consentiente, solus in solidum tenebitur.

Das Römische Recht erfordert ferner, daß das Constitutum mit demjenigen selbst eingegangen werde, dem die Zahlung geleistet werden soll. Ging also das Constitutum dahin, daß die Zahlung einem Dritten geleistet werden sollte, so war es ungültig, wie **Ulpian** lehrt, wenn er *L.* 5. §. 5. *D. h. t.* sagt: Idem, si mihi constituas, te soluturum, teneberis. Quodsi mihi constitueris, *Sempronio te soluturum;* non teneberis. Auch wenn mit dem Procurator des Gläubigers das Constitutum geschlossen wurde, so galt dasselbe nur dann, wenn man dem Anwalte selbst, und nicht dem Principal, die Zahlung zu leisten versprochen hatte. Auf diese Art konnte auch mit dem Vormunde eines Pupillen, mit dem Verwalter einer Personengemeinheit, und dem Curator eines Blödsinnigen oder Minderjährigen constituirt werden. Hatte hingegen der Schuldner dem Stellvertreter seines Gläubigers zugesichert, daß er nicht ihm, sondern dem Gläubiger zahlen wolle, so galt ein solches Constitutum eigentlich nach dem strengen Recht nicht, sondern es war dem Gläubiger nur der Billigkeit wegen eine actio utilis gestattet *). Alles dieses bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 5.

*) S. **Grolmans** u. von **Löhr** Magazin für die Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 3. B. 1. Heft. S. 52. f.

L. 5. §. 6. *D. h. t.* JULIANUS *libro* 11. *Digestorum* scribit, procuratori constitui posse: quod POMPONIUS ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.

L. 5. §. 7. *D. eod.* Item tutori pupilli constitui potest, et actori municipum, et curatori furiosi.

L. 5. §. 9. *D. eod.* Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur, *municipibus solvi*; vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescenti*: utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo vel furioso vel adolescenti *utilem actionem*.

Der Grund von diesem Allen lag in dem Princip des strengen Römischen Rechts, daß Niemand durch eine freye Person geradezu Rechte und Verbindlichkeiten erwerben könne [87]. Daher mußte immer die obligatio von der Person der Contrahenten ihren Anfang nehmen [88]. Hatte man also das Geschäft mit einem Procurator geschlossen, so konnte nur dieser actione directa, der Eigenthümer hingegen bloß actione cessa oder utili klagen [89]. Diese Subtilität fällt jedoch nach unserm heutigen Recht weg [90].

87) *L.* 73. §. 4. *D. de div. reg. iur.*

88) *L.* 11. *D. de obligat. et action.* S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 314. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVII. Th. 8.

89) *Ant.* FABER Rational in Pand. ad L. 5. §. 6. D. h. t. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 7. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et 5.

90) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 89. a. S. 378. ff. der 4. Ausg.

Verspricht der Schuldner seinem Gläubiger durch ein Constitutum, daß er ihm oder einem Dritten zahlen wolle; so kann zwar letzterer die Zahlung annehmen, allein nur erster kann aus dem Constitutum klagen. Hat jedoch der Schuldner dem Dritten die Zahlung geleistet, so ist er von seiner Verbindlichkeit frey. Zwar konnte er, wenn die erste Stipulation bloß mit dem Gläubiger allein, ohne Adjection eines Dritten, war errichtet worden, nach dem strengen Recht noch actione ex stipulatu belangt werden; allein weil doch die Zahlung dem Dritten, mit Einwilligung des Gläubigers, geschehen war, so war der Schuldner immer durch eine Exception gegen die ferneren Ansprüche des Gläubigers gedeckt. Eben dieses hatte auch in dem Falle Statt, wenn gleich bey der ersten Stipulation ein Dritter solutionis causa war beygefügt worden, ohne desselben beym Constitutum weiter zu erwähnen. War hingegen beym Constitutum ausdrücklich ausbedungen worden, daß keinem Andern, als dem Gläubiger allein, die Zahlung geschehen solle, so wird der Schuldner nicht frey, wenn er dennoch dem Adjectus zahlt, sondern der Gläubiger kann ihn mit Recht actione de constituta pecunia belangen, daß er ihm die Schuld bezahle, und der Schuldner muß sich mit der condictione indebiti an den halten, welchem er Zahlung geleistet hat [91]). Auf diese Art lassen sich folgende Stellen mit einander vereinigen.

L. 8.

91) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 8. 9. et L. 30. D. h. t. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLVII. Th. 10. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIII. Th. 11. *Greg.* MAJANSII Disput. de Adjecto solutionis gratia. §. 31. (in EIUSD. *Disputationib. iuris civ.* Tom. I. pag. 162. sq.) BOR-

CKEL-

L. 8. D. h. t. Si vero *mihi*, *aut Titio* constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quodsi, posteaquam *soli mihi* te soluturum constituisti, solveris *Titio*, nihilominus mihi teneberis [92]).

L. 9. D. eodem. Titius tamen indebiti condictione tenebitur: ut quod ei perperam solutum est, ei, qui solvit, reddatur.

L. 10. D. h. t. Si quis duobus pecuniam constituerit, *tibi aut Titio*, etsi stricto iure propriae actioni [93]) pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur.

L. 59. D. de solut. Si ita stipulatus sim, *mihi aut Titio dare spondes?* et debitor constituerit, *se mihi soluturum*: quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adjecto solvere.

 Uebri-

CKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 8. und *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et 7.

92) Es ist hier von dem Falle die Rede, wenn stipulirt worden: *mihi aut Titio dare spondes?*

93) Daß hier nicht von der actione constitutae pecuniae sondern von der actione ex stipulatu die Rede sey, leuchtet in die Augen. CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 20. will daher statt propriae actioni vielmehr *priori actioni* lesen. Allein ohne alle Auctorität, und daher mit Recht verworffen von *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Cap. 44. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 3. und *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 8. Die actio ex stipulatu heißt hier *propria actio* in Rücksicht der ursprünglichen Verbindlichkeit, die durch das Constitutum bestärkt worden ist.

Uebrigens ist bey Constituirung einer Schuldverbindlichkeit die Bestimmung eines gewissen Zahlungstermins nicht nöthig. Ehemals stritte man zwar darüber, ob ein Constitutum sine die gelte. Denn die Bestimmung einer Zahlungsfrist schien dem Constitutum so eigen zu seyn, daß man das tempus constitutum dem tempori praesenti entgegensetzte [94]). Justinian gedenkt dieser Controvers *L.* 2. *C. h. t.* worin er sie entschieden hat. Es ist aber doch merkwürdig, daß wenn auch das Constitutum pure ist eingegangen worden, dem Schuldner dennoch eine Zahlungsfrist von wenigstens zehen Tagen gestattet werden muß. Eine Hauptstelle hierüber ist die *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Si *sine die* constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba Edicti late pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas: sed modicum tempus statuendum est, *non minus decem dierum*, ut exactio celebretur.

4) Der Nutzen und die Wirkung eines constituti proprii besteht nach dem Römischen Recht darin, daß dadurch

a) nicht nur eine Verbindlichkeit, die an sich nicht vollkommen wirksam war, klagbar gemacht, sondern auch

b) die schon vorhandne Verbindlichkeit auf mancherley Art abgeändert werden kann, und zwar

α) in Ansehung des Gegenstandes. Es kann nämlich statt der schuldigen Sache eine andere von gleichem Werthe ver-

94) QUINCTILIAN *Declamat.* 280. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 315.

versprochen werden, z. B. statt der schuldigen Summe Geldes, Getraide. Ulpian sagt *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est? Sed cum iam placet, rem pro re solvi posse, nihil prohibet, et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens, frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum. Ein Zweifelsgrund war zwar, daß der Prätor in seinem Edict gesagt hatte: *Qui pecuniam debitam constituit* [95]); allein da das Constitutum kein bloß wiederholtes Versprechen, sondern ein Zahlungsversprechen ist, und dem Gläubiger mit seiner Bewilligung auch etwas Anderes statt des schuldigen Objects geleistet werden kann, so ließ man eine solche Uebereinkunft auch beym Constitutum gelten [96]). Ist nun aber statt der schuldigen Sache etwas Anderes constituirt worden, so hängt es nicht vom Schuldner ab, ob er dieses oder jenes leisten wolle, sondern der Gläubiger kann darauf klagen, daß dem Constitutum ein Genüge geschehe. So entscheidet wenigstens Papinian *L.* 25. *pr. D. h. t.* wo er sagt: Illud aut illud debuit, et constituit alterum, an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere. Die schuldige Summe hingegen kann durch das Constitutum zwar vermindert, aber nicht vergrössert werden. Si quis centum aureos debens, *ducentos* constituat, sagt Ulpian *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* in centum tantummodo tenetur: quia ea

95) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

96) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 313. und *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 22.

ea pecunia debita est. Sed si quis viginti debens, *decem* constituit se soluturum, fügt Paulus *L.* 13. *D. eod.* hinzu, tenebitur. Durch das constitutum kann ferner

β) die vorhandene Verbindlichkeit auch in Ansehung ihrer zufälligen Bestimmungen geändert werden. Es kann nämlich dadurch der Zahlungsort abgeändert [97]), ferner der Zahlungstermin verkürzt oder verlängert werden [98]); ja es kann eine Schuld, die noch lange nicht betagt war, dergestalt constituirt werden, daß sie jetzt gleich bezahlet werden soll [99]). Denn darin besteht ein besonderer Nutzen des Constitutums, daß dadurch noch unbetagte Forderungen in schon jetzt exigibele verwandelt werden können [100]); und kommt der Constituent dem Zahlungsversprechen nicht nach, so kann der Gläubiger auch auf das Interesse klagen [1]). Noch ist zu bemerken, daß die Verbindlichkeit des Schuldners bey dem constitutum auch durch Bürgen oder Pfand verstärkt werden kann [2]). Allein eine bedingte Schuld kann dadurch nicht in eine unbedingte verwandelt werden, sondern das Constitutum einer bedingten Schuldverbindlichkeit ist immer unter der nämlichen Bedingung zu

97) *L.* 5. *pr. D. h. t.*

98) *L.* 4. *D. eodem. Barth.* CHESIUS Differentiar. iur. cap. 44. nr. 11. sqq.

99) *L.* 3. §. 2. in fin. h. t.

100) *L.* 3. §. 2. cit.

1) *Barth.* CHESIUS Differentiar. iur. Cap. 44. nr. 8. et 18. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Dig. h. t. §. 35.

2) *L.* 14. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

zu verstehen, unter welcher die Schuld contrahirt wurde, und verliert seine Wirkung, wenn die Bedingung nicht existirt. Zwar kann in dem umgekehrten Falle eine unbedingte Schuld durch das Constitutum in eine bedingte umgeschaffen werden, allein nach der Subtilität des Römischen Rechts findet doch auch hier nur eine actio utilis Statt [3]). Beydes bestätiget Paulus, wenn er *L.* 19. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* sagt: Id, quod sub conditione debetur, sive pure, sive certo die constituatur, *eadem conditione suspenditur*: ut existente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, inquit POMPONIUS, in hunc *utilem actionem* esse. Endlich kann auch

γ) die Verbindlichkeit durch das Constitutum in Absicht auf die Person des Gläubigers geändert werden. Was ich z. B. dem A. schuldig bin, kann ich mit dessen Einwilligung dem B. constituiren. Ulpian sagt *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est: non utique ut is, cui constituitur, creditor sit: nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis: et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur. Dahingegen wird

c) die

3) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 19. §. 1. D. h. t. sucht den Grund hiervon darin, weil die Constitute eigentlich dazu eingeführt sind, um Forderungen, die noch nicht exigibel sind, hierdurch klagbar zu machen, wie *L.* 3. §. 2. D. h. t. sagt; es schien also dem Zweck des Instituts nicht gemäß zu seyn, wenn dadurch eine unbedingte Schuld in eine bedingte verwandelt wurde. Man sehe auch CHESIUS c. l. nr. 19. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 315.

c) die vorige Verbindlichkeit durch das Constitutum nicht aufgehoben. Denn das Constitutum als solches enthält nie eine eigentliche, oder privative Novation [4]). Dieses hat dann die wichtige Folge, daß wenn auch nachher, weil z. B. der Gläubiger in mora accipiendi war, die actio constitutoria wegfallen sollte, doch noch immer die alte Klage Statt findet, welche dem Gläubiger vor dem Constitutum der Schuld wegen zustand [5]). Nach dem neuern Römischen Recht hat dieses auch um so weniger einigen Zweifel, da zu einer Novation die deutliche Erklärung der Interessenten erfordert wird, daß die vorige Verbindlichkeit aufgehoben seyn solle [6]). Eine solche Aufhebung würde aber offenbar dem Zweck des Constitutums widerstreiten, als welcher vielmehr dahin gehet, die vorige Verbindlichkeit zu bestätigen. Mit Recht setzt daher Papinian *L. 3. §. 2. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* die Novation dem Constitutum entgegen [7]). Noch eine andere wichtige Folge darf hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden, welche darin besteht, daß wenn dem Schuldner in Ansehung der erstern Verbindlichkeit besondere Rechte, oder Privilegien zustanden, solche durch das

4) *L. 18. §. 3. L. 28. D. h. t. L. 15. D. de in rem verso.* *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris cap. 44. nr. 1. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVII. Th. 10.

5) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 316. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. und *Ant.* SCHULTING c. l. Thes. 9. in fine.

6) *L. ult. Cod. de Novationib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6.

7) CUJACIUS Observation. Lib. XX. cap. 39.

das Constitutum nicht verloren gehen [8]). Wenn daher z. B. der Ehemann das Heyrathsgut seiner Frau constituirt, so bleibt ihm dennoch die Wohlthat der Competenz unbenommen, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 3. *pr. D. h. t.* sagt: Quod si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat: quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri, *in quantum facere potest*, condemnatur. Auch bey entstandener Münzveränderung sieht man noch auf die Zeit, da die erste Verbindlichkeit contrahirt wurde [9]). Nam actio de constituta pecunia retrorsum se refert, sagt Ulpian *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* Da also durch das Constitutum die vorige Verbindlichkeit in ihrem Wesen nicht geändert wird; so hat der Gläubiger auch die Wahl, ob er die vorige Schuldklage anstellen, oder ex constituto klagen wolle [10]). Es kann jedoch

d) durch ein Constitutum keine neue Verbindlichkeit begründet werden, welche vorher nicht vorhanden war. Wenn also z. B. Jemand, statt hundert Gulden, welche er nur schuldig ist, zweyhundert verspricht, oder, ausser dem Capital, auch Zinsen constituirt, welche er gar nicht schuldig war, oder er verspricht dem Gläubiger, ausser der schuldigen Summe, noch eine andere Sache darüber zu geben,

8) BRUNNEMANN Comment. ad L. 3. pr. D. h. t. nr. 1. et 2. und MÜLLER ad *Struvii* Syntag. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 81. not. *β*.

9) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 81.

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. STRUV Synt iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 80. CHESIUS Differentiar. iur. cap. 44. nr. 17.

geben, so gilt das Constitutum nur bis auf die schuldige Summe. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* Si quis centum aureos debens, *ducentos* constituat, *in centum tantummodo tenetur:* quia ea pecunia debita est. Ergo et is, qui sortem, et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem duntaxat; und Paulus fügt noch *L.* 12. *D. eod* hinzu: Sed et si decem debeantur, et *decem et Stichum* constituat, potest dici, *decem tantummodo nomine teneri.* Man hat hierbey die Frage aufgeworffen, ob nicht in dem Falle, da der Constituent wissentlich mehr versprochen hat, als er schuldig ist, das Geschäft nach dem neuern Röm. Recht als eine Schenkung zu Recht bestehe? Die Rechtsgelehrten sind hierüber nicht einerley Meinung. Viele [11]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil eine Schenkung nicht vermuthet werde, besonders wenn die Partheyen ein ganz anderes Geschäft einzugehen willens waren. Wäre ihre Absicht gewesen, eine Schenkung zu errichten, so hätten sie können, und auch müssen ihre Meinung deutlicher erklären [12]). Die Gesetze [13]) sagten freylich, wer wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, habe die Absicht zu schenken. Allein es sey ein Unterschied zwischen Zahlen und Versprechen. Dort sey die Frage, ob eine Zurückforderung des Bezahlten Statt finde, und nur dieses werde geläugnet. Allein daraus folge nicht, daß

11) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV, Tit. 19. nr. 7. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 10. u. a. m.

12) *L. 39. D. de pact. L. 31. in fin. D. de obligat. et act.*

13) *L. 9. pr. Cod. de condict. indeb. L. 53. D. de diu. reg. iur.*

daß auch auf das Versprechen einer Nichtschuld geklagt werden könne. Andere [14]) läugnen zwar, daß nach dem Römischen Recht ein solches Constitutum, welches die vorige Schuldverbindlichkeit übersteigt, gültig sey; allein sie behaupten, daß heutiges Tages ohne Zweifel durch ein solches Versprechen eine obligatio ex pacto begründet werde. Allein da nach bekannten Verordnungen des Kaisers Justinian eine jede Schenkung, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, dergestalt im Wege Rechtens besteht, daß der bloße Vertrag, ohne Stipulation, eine gültige Klage hervorbringt [15]); so läßt sich mit Grund behaupten, daß derjenige, welcher wissentlich eine Zahlung, die ihm nicht oblag, versprochen hat, aus einem solchen Versprechen schon nach dem neuern Römischen Recht verbindlich werde, weil er offenbar die Absicht, das Nichtschuldige schenken zu wollen, hierdurch zu erkennen gegeben hat. Diese Meinung hat auch den Beyfall mehrerer berühmter Rechtsgelehrten für sich [16]). Aus demselben Grunde läßt sich denn auch ohne Bedenken behaupten, daß derjenige, welcher nur unter einer Bedingung zu Etwas verbindlich war, wenn er nachher pure constituirt, aus diesem Versprechen belangt werden

14) BRUNNEMANN Comm. ad L. 11. §. 1. D. h. t. nr. 4.—6. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 21.

15) *L. 35. §. ult. Cod. de donationib.*

16) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 11. §. 1. D. h. t. *Reinh.* BACHOV Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIII. Th. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Weber in der syst. Entwickelung d. Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 126.

werden könne, wenn auch die Bedingung nicht existirt [17]). Endlich ist noch

e) zu bemerken, daß die Verbindlichkeit des constituti erlischt, wenn die erste Verbindlichkeit durch Zahlung, oder was derselben gleich gilt, getilgt wird [18]). Dahingegen bleibt die Gültigkeit des constituti fortdauernd, wenn die vorige Verbindlichkeit blos durch Ablauf der Zeit ihre gerichtliche Wirkung verloren hat [19]).

§. 851.

Vom constituto debiti alieni.

Soviel hiernächst II. das constitutum debiti alieni anbetrifft, so ist dasselbe eine Art der Intercession. Es wird dadurch eine fremde Verbindlichkeit übernommen, jedoch so, daß der Schuldner, für den man constituirt, verhaftet bleibt. Gajus sagt ausdrücklich *L.* 28. *D. h. t.* Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet. Es ist daher eben so, wie die Bürgschaft, eine intercessio cumulativa. Es ist aber doch auf mehr als eine Art von derselben wesentlich unterschieden [20]).

1) In

17) BRUNNEMANN Comm. ad L. 19. D. h. t. nr. 3. et 4.

18) *L.* 43. *D. de Solut.*

19) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* BACHOV ad *Treutler.* c. l. Th. 13. lit. D. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 938. a. E.

20) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Christ.* KOCH Diss. de constituto debiti alieni, eiusque a fideiussione discrimine. *Kilonii*

1) In Ansehung der Form. Denn die Bürgschaft wurde bey den Römern mittelst der Stipulation, das constitutum alienum aber nach Art eines bloßen Vertrages eingegangen.

2) In Ansehung des Zwecks. Der einzige und wesentliche Zweck der Fidejussion ist Sicherheit des Gläubigers. Das constitutum alienum aber ist hierauf nicht eingeschränkt, sondern kann auch dem Gläubiger noch zu andern Zwecken dienen; z. B. wenn ihm daran gelegen ist, sich in Ansehung des Zahlungsortes, oder in Ansehung des Objects der Verbindlichkeit einige Vortheile zu verschaffen. Diese Absicht kann der Gläubiger nur durch das Constitutum erreichen, nicht durch die Fidejussion. Denn eine Bürgschaft ist ungültig, wenn sich der Bürge zu einer andern Sache verpflichtet, als der Hauptschuldner schuldig ist. Javolenus sagt *L. 42. D. de fideiussor.* Si ita fideiussorem accepero: *Quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?* non obligatur fideiussor: quia in aliam rem, quam quae credita est, fiedeiussor obligari non potest [21]). Allein daß etwas Anders constituirt werden könne, als worin die Hauptschuld bestehe, wenn dieses dem Gläubiger zum Vortheil

Cc 2 ge-

lonii 1777. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 124. und Höfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 846.

21) Die Gesetze geben überhaupt die Regel: *Non valet fideiussio, si fideiussor in aliam obligationem accipiatur*, id est, ut ipse aliquid debeat, quod reus principalis non debet. *L. 8. §. 8. L. 70. §. 2. D. de fideiussor.* S. *Ios.* AFERANII Interpretat. iur. Lib. II. cap. 4.

gereicht, setzt die bereits oben angeführte Stelle Ulpians *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* ausser Zweifel. Eben dieser Ulpian lehrt *L.* 5. *pr. et L.* 16. §. 1. *D. h. t.* daß sich der Gläubiger auch in Ansehung des Zahlungsortes beym Constitutum einige Bequemlichkeit zu verschaffen im Stande sey. Bey der Fidejussion hatte dieses nicht Statt, vielmehr sagt Julian *L.* 16. §. 1. *et* 2. *D. de fideiuss.* Quare si reum pure interrogavero, et fideiussorem *cum adiectione loci* accepero, non obligabitur fideiussor. Sed et si reus Romae constitutus, *Capuae dari* promiserit, fideiussor *Ephesi:* perinde non obligabitur fideiussor, ac si reus sub conditione promisisset, fideiussor autem in diem certam vel pure promisisset[22]). Daß hingegen die Fidejussion wesentlich nur die Sicherheit des Gläubigers zur Absicht habe, geben die Gesetze deutlich zu erkennen. So sagt Justinian *pr. I. de Fideiussor.* Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui *fideiussores* appellantur: quos homines accipere solent, *dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.* Noch deutlicher erklärt sich darüber Gajus *L.* 1. §. 8. *D. de obligat. et actionib.* wenn er sagt: Quid alieno nomine obligatur, *fideiussor* vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem obligatione* teneantur, *dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus,* TUTIUS *nobis debeatur.*

3) In Ansehung der Wirkung. Eine Bürgschaft ist ungültig, wenn dieselbe auf eine solche Art ist eingegangen worden, daß dadurch der Bürge zu härtern Bedin-

22) S. *Ios.* AVERANIUS c. l. nr. 18.

dingungen verpflichtet wird, als wozu sich der Hauptschuldner verbindlich gemacht hat. Ulpian stellt dieses als eine allgemeine Regel bey allen Fidejussoren auf, wenn er *L.* 8. §. 7. *D. de fideiussor.* sagt: Illud commune est in *universis*, qui pro aliis obligantur, *quod si fuerint in duriorem causam adhibiti*, placuit *eos omnino non obligari*: in leviorem plane causam accipi possunt. Es lassen sich, wie Joseph Averani [23]) zur Erläuterung dieser von vielen mißverstandenen Stelle bemerkt, eigentlich vier Fälle gedenken, wo man sagen kann, der fideiussor sey in duriorem causam adhibitus. a) In Ansehung des Orts, wenn entweder bey einer unbestimmten Zahlungsverbindlichkeit des Hauptschuldners dem Bürgen allein ein bestimmter Zahlungsort angewiesen worden, oder derselbe die Zahlung an einem andern Orte leisten soll, wo sie beschwerlicher zu leisten ist, als da, wo sie der Hauptschuldner zu leisten versprochen hat [24]). b) In Ansehung der Zeit, wenn der Bürge eher, als der Hauptschuldner, belangt werden kann. Z. B. der Schuldner ist erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, oder unter einer Bedingung zu zahlen verbunden; allein der Bürge soll ohne diese Zeitbestimmung, ohne diese Bedingung für die Schuld haften [25]). c) In Ansehung der Art der Verbindlichkeit, (causa), wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit des Hauptschuldners dem Bürgen die Wahl nicht zustehen soll, welche in einem solchen Falle der Schuldner

 hat;

23) Interpretat. iur. Lib. II. cap. 3. nr. 4.

24) *L.* 16. §. 1. *et* 2. *D. de fideiussor.*

25) *L.* 8. §. 7. *in fin. L.* 16. §. 5. *L.* 70. *pr. et* §. 1. *D. eodem.*

hat; oder dem Bürgen durch die Art der übernommenen Fidejussion die Hoffnung, von seiner Verbindlichkeit befreyet zu werden, benommen ist, deren sich der Hauptschuldner zu erfreuen hatte. Z. B. der Schuldner hatte versprochen, entweder Geld oder eine andere Sache zu geben; der Bürge aber soll präcis das leisten, worauf der Gläubiger klagen wird; oder der Schuldner hat versprochen, eine individuelle Sache zu geben; der Bürge hingegen soll entweder diese Sache oder statt derselben eine bestimmte Summe Geld geben [26]. d) In Absicht auf den **Gegenstand der Verbindlichkeit**, wenn der Bürge entweder eine andere Sache, oder eine größere Summe bezahlen soll, als der Hauptschuldner schuldig ist [27]. In allen diesen Fällen ist die ganze Bürgschaft nichtig. Die Worte des angeführten Gesetzes: *placuit, eos omnino non obligari*, lassen hierüber keinen Zweifel übrig [28]. Das

26) *L.* 8. §. 8. *et* 9. *D. eodem. L.* 34. *D. eod.*

27) §. 5. *I. et L.* 8. §. 7. *D. de fideiussor. L.* 42. *D. eodem.*

28) Viele wollen zwar mit ALCIATUS Lib. V. Parergor c. 17. *Guil.* FORNERIUS Lib. III. Selection. cap. 11. und **Haloander** non omnino lesen, und dieses durch *non in solidum, non in totum* erklären, so daß der Sinn der Worte dahin gehe, der Bürge, der sich zu härtern Bedingungen verpflichtet hat, werde nur in dem Umfange nicht verbindlich, in welchem er sich verpflichtet hat, so weit aber hafte er immer, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners reicht. Sie unterstützen diese Emendation durch die Auctorität der **Basiliken**, welche οὐδὲ ὅλως haben. S. *Dionys.* GOTHOFREDUS in not. ad L. 8. §. 7. D. de fideiuss. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 5. I. de fideiuss. Allein das Wort *omnino* heißt bey den Classikern nie in solidum, sondern immer soviel als *plane*, *pror-*

Das constitutum alienum hingegen ist in keinem der angegebenen Fälle einer causae durioris ganz ungültig, sondern bleibt auch sogar dann, wenn der Constituent früher, als der Hauptschuldher, oder eine bedingte Schuld unbedingt, oder auch eine größere Summe zu bezahlen sich ver-

prorsus, utique; und *omnino non* soviel als *nullo modo, neutiquam, nequaquam*, wie *Ios.* AVERANIUS c. l. nr. 2. und *Henr. von dem* BUSCH in Diss. de fideiussore in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito, praes. *Franc. Car.* CONRADI def. *Helmstadii* 1734. §. 12. aus vielen Stellen erwiesen haben. Auch der griechische Ausdruck οὐδὲ ὅλως bedeutet nichts anders, als der lateinische omnino non, und CUJACIUS in Recitat. ad Lib. II. Responsor. Papiniani in L. 9. D. de Usur. übersetzt ihn ganz richtig durch *nullo modo*. *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. XXVII. §. 10. hat dieses vollends durch eine wichtige Stelle aus EUSTATHII Vocabul. graec. in Homeri Iliad. ausser allen Zweifel gesetzt. Man sehe auch CONRADI Progr. ad cit. Dissert. *von dem* BUSCH. Die sonst bekannte Regel *utile per inutile non vitiatur* ist hier nicht anwendbar. Denn es gehört zur Form und Natur des Geschäfts, daß der Bürge nicht zu härtern Bedingungen, als der Hauptschuldner, verpflichtet werde, da er bloß zur Sicherheit des Gläubigers beytritt. §. 5. *I. de fideiussor. L. 49. in fin. D. eodem.* Viele sind indessen anderer Meinung. S. *Em.* MERILLIUS Comment. ad §. 5. I. de fideiussor. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLVI. Tit. 1. §. 4. *Franc.* BROEUS Exposit. in Instit. Iustin. Lib. III. Tit. 21. pag. 631. Allein mit mir stimmen ausser den angeführten Cujaz, Wissenbach, Averani, und Conradi, auch noch *Franc.* HOTOMAN in Comm. ad §. 4. de fideiussor. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. eod. THIBAUT in Syst. des P. R. 2. B. §. 951 und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 840. überein.

pflichtet hat, immer wenigstens in so weit gültig, als sie mit der Verbindlichkeit des Schuldners im Gleichgewicht steht [29]), wie aus den bereits angeführten Stellen, nämlich *L.* 1. §. 5. *L.* 5. *pr.* *L.* 11. §. 1. *L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. §. 1. *L.* 19. *pr.* *D.* *h.* *t.* deutlich erhellet, welche, wie **Voet** [30]) mit Recht bemerkt, nicht bloß vom constituto proprio, sondern auch alieno zu verstehen sind. Die ganz allgemein lautenden Worte der *L.* 8. §. 7. *D. de fideiuss.* Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: etc. haben zwar einige Rechtsgelehrten [31]) veranlaßt, den hier angegebenen Unterschied zu bestreiten, und zu behaupten, daß die Verpflichtung eines Constituenten zu einer durior conditio, eben so gut, wie die eines Bürgen, ganz unverbindlich sey. Sie wollen daher jene Stellen bloß auf das constitutum proprium einschränken. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß in der *L.* 8. bloß von Fidejussoren die Rede ist, auch die im §. 7. enthaltene Regel bloß mit Beyspielen von Bürgen erläutert wird. Es ist überdem bekannt, daß unter denjenigen, *qui pro aliis* s. *alieno nomine obligantur*, immer nur Bürgen im eigentlichen Sinn verstanden werden [32]). Ausser diesem Unterschiede

29) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. FABER Rational. in Pand. ad L. 4. D. h. t. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVIII. Th. 81. not. d. und *von dem* BUSCH cit. Diss. §. 17.

30) Comm. ad Dig. Tit. de fideiussor. §. 4.

31) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. II. Disput. XXVII. Th. 10. pag. 309. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVII. Th. 6.

32) *Pr. I. de fideiuss.* L. 1. §. 8. *D. de oblig. et act.* Man s. auch *Ios.* AVERANII Interpret. iur. Lib. II. cap. 3. und *von dem* BUSCH Diss. cit. §. 17.

schiede soll sich das constitutum alienum nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten [33]), von der Fidejussion der Wirkung nach auch noch darin unterscheiden, daß der Constituent als solcher belangt werden könne, ohne die Klage des Gläubigers einstweilen dadurch von sich abwenden zu können, daß der Hauptschuldner noch nicht ausgeklagt sey. Denn das Constitutum, sagt man, sey keine subsidiarische Intercessionsart, daher stehe auch das beneficium excussionis dem Constituenten nicht so, wie dem Bürgen, zu. Allein ich trage Bedenken, dieser Meinung beyzupflichten, da sie die deutliche Vorschrift der Novelle 4. Kap. 1. gegen sich hat. Man lasse sich nur nicht durch die versio vulgata irreführen, in welcher die griechischen Ausdrücke ὁ ἀντιφωνητὴς, ὁ ἀντιφωνήσας, und ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν ganz falsch durch *sponsor*, et *qui sponsioni se subiecerit* übersetzt sind, wie auch schon Anton Schulting [34]) mit Recht bemerkt hat, indem sie vielmehr soviel als *constituens*, oder *constitutae pecuniae reus* heißen. So haben jene Ausdrücke Julian [35]), Gregorius Haloander [36]), Heinrich Agyläus [37]), und Johann Friedrich Hom-

 bergk

33) KOCH cit. Diss. de constituto debiti alieni §. 16. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 940. a. E. und Not. a.

34) Thes. controvers. Dec. XLVII. Th. 7. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. l. pag. 388.

35) Epitome Novellar.

36) Graec. Novell. edit. pag. 15.

37) Ad ea, quae in Novellis Iustin. constitutionib. ius. civ. attingunt, liber singul. *Coloniae 1558*. Constit. IV. (in *Car. Frid.* ZEPERNICK *Delectu Scriptor. Novellas Iustin. Imp. ear. histor. illustrant. Halae 1783*. pag. 21.)

bergk zu Vach [38]) richtiger übersetzt. Daß die Benennungen *ἀντιφωνητὴς*, und *ἀντιφωνήσας* soviel als *constituens* s. *qui pro alio constituit*, oder *pecuniae constitutae reus* heißen, so wie *ἀντιφώνησις constitutum*, und *ἀντιφωνεῖν constituere* bedeuten, erhellet nicht nur aus andern Novellen des Kaisers **Justinian**, wo vom Constitutum gehandelt wird, z. B. Novelle 115. Kap. 6. und Nov. 136. Kap. 1. sondern auch aus der griechischen Paraphrase des **Theophilus** über die Institutionen [39]), ferner aus des **Harmenopulus** Πρόχειρον νομῶν [40]), und den Basiliken, in welchen nicht nur die Novelle 4. wörtlich enthalten ist [41]), sondern auch zwey besondere Titel *de pecunia constituta*, *περὶ χρέους ἀντιφωνήσεως*, handeln [42]). Aus diesen Quellen haben auch **Dionysius Gothofredus** [43]), und **Wilh. Otto Reitz** [44]) die wahre Bedeutung jener griechischen, von dem alten barbarischen Uebersetzer der Novellen gar nicht verstandenen Ausdrücke, richtig erklärt. Wie also bey so vielen ganz unverwerflichen Beweisen

38) Novell. Constitut. ex graeco in latin. convers. *Marb.* 1717. pag. 56.

39) Lib. IV. Tit. 6. §. 8. et 9.

40) Lib I. Tit. 3. §. 47. et Lib. III. Tit. 6.

41) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 2. Const. 1.

42) Lib. XXVI. Tit. 3. et 7.

43) Nomenclator graecar. iuris dictionum, quae apud Harmenopul. et alios quosdam iuris authores occurrunt. vocc. *ἀντιφωνεῖν. ἀντιφώνησις. ἀντιφωνητής.* (adj. *Harmenopulo* pag. 417.)

44) Glossar. Theophilin. voc. *ἀντιφωνέω.* (Tom. II. *Paraphras. graec. Instit.* adj. pag. 1252.)

sen dennoch dem Constituenten das beneficium excussionis hat abgesprochen, oder von andern [45]), welche ihm diese Wohlthat gestatten, hat behauptet werden können, das Gesetz gedenke zwar des Constituenten nicht, allein es streite für ihn gleicher Grund der Billigkeit, ist unbegreiflich. Man erwäge nur folgende Worte nach der richtigern Uebersetzung **Hombergs zu Vach**: Si quis igitur mutuum dederit, et fideiussorem, (ἐγγυητὴν) aut mandatorem, (μανδάτωρα) aut *constitutae pecuniae reum* (ἀντιφωνητὴν) acceperit, ille non statim ab initio mandatorem, fideiussorem, aut *constituentem* conveniat, (ἢ ἀντιφωνήσαντος χωρείτω) neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primo eum, qui pecuniam accepit, et debitum contraxit, conveniat: et siquidem ab illo acceperit, a reliquis abstineat: quid enim illi cum extraneis rei est, cui debitor satisfecit? Si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiussore, vel *constituente* vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum consequatur. Atque haec quidem, si utrique, tam principalis debitor, quam fideiussor, aut mandator, aut *constitutae pecuniae reus* (ἢ ἀντιφωνήσας) praesentes sint, omni modo serventur. Si vero fideiussor, aut mandator, aut *qui constitutum suscepit*, (ἢ ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν) quidem adsit, prin-

45) HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVIII. Th. 81. MÜLLER ad *Eundem* not. α. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XXIV. Th. 8. und LAUTERBACH in Diss. de beneficio excussionis. *Tubingae* 1653. §. 23.

principalem autem debitorem abesse contingat, durum est, creditorem alio mittere. cum a fideiussore, aut mandatore, aut *constituenti* exigere possit. Noch einen andern wichtigen Beweis für das den Constituenten sogut, wie den Fidejussoren, zustehende beneficium ordinis giebt die Novelle 136. *in praefat.* in welcher sich Justinian auf die Nov. 4. beruft, und einer besondern Ausnahme gedenkt, welche er Kap. 3. §. 1. in Ansehung der Argentarien gemacht hatte. Die hierher gehörigen besonders merkwürdigen Worte lauten nach der Hombergkischen Uebersetzung folgendermaßen: Qui in corpore sunt Argentariorum felicis huius urbis, potentiae nostrae supplicantes, de multis capitibus nos rogarunt, petentes, ut eos iuvemus, cum et ipsi multis se utiles praebeant, quod *constituta* (ἀντιφωνήσεις) et mutua subeant omnis periculi plena. Nam cum *sacra nostra constitutio* exstet, quae vult, ut exactiones ordine fiant, et primum quidem principales rei eorumque res, deinde vero fideiussores, et mandatores, et *constitutae pecuniae rei* (ἀντιφωνητάς)[46] excutiantur: ab hac Lege collegium ipsorum eximi, omniumque gravissima pati, *si ipsi quidem constitutionis auxilio uti nequeant*, sed statim exigantur: *si vero ab aliis constituta accipiant*, (εἰ δὲ ἀντιφωνήσεις παρ' ἑτέρων λάβοιεν) illi, qui pecuniam constituerunt, (τοὺς ἀντιφωνήσαντας) vel horum mandatores aut fideiussores ipsis non satisfaciant: et conveniens esse, ut et ipsi communium legum participes sint, neque

46) Hier übersetzt selbst die versio vulgata *constitutae pecuniae rei.*

neque ipsis constitutio nostra adversetur. Wie weit **Justinian** dem Gesuche der Argentarien Statt gegeben habe, lehrt Kap. 1. wo es heißt: Sancimus igitur, si quidam ex illis, qui mensae argentariae praesunt, alicui mutuam pecuniam dent, vel *constitutum*, *ἀντιφώνησιν*) [47]) vel fideiussores, vel mandatores accipiant, ipsisque constitutio et ordo per illam indroductus opponatur: ut tum in illis constitutio obtineat, nisi speciale pactum fecerint, licere creditori principalem debitorem et mandatorem et fideiussorem convenire, non exspectato constitutionis ordine. Propter studium enim, quod argentarii in communes contractus collocant, eiusmodi pacta admittimus, quae non videntur contra legem esse: quoniam unicuique ea, quae a legibus illi data sunt, contemnere licet. Sed si eiusmodi pactum fiat, liceat illis primum etiam mandatorem, et primum fideiussorem aliasque personas convenire. Quare si pactum scriptum non est, etiam in illis constitutio omnino obtineat: sin autem scriptum sit pactum, legem det contractui, atque exinde exactiones fiant. Durch diese Novelle ist also die schon oben bemerkte Ausnahme in Ansehung der Argentarien nochmals bestätigt worden, als welchen das beneficium excussionis nicht zustehen soll, wenn sie durch Fidejussion, oder ein mandatum qualificatum, oder durch ein constitutum die Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil übernommen haben [48]). Sie baten zwar den Kai-

47) Die versio vulgata hat hier *vel constitutae pecuniae reos.*

48) S. RITTERSHUSII Ius Iustin. P. III. Cap. 2. n. 25. und RICHTERI Exposit. omnium Authenticar. Cod. Iustin. ad Auth. *Praesente* Cod. de fideiussor. n. 44. sqq. pag. 366.

Kaiser, daß da sie aus ihren Intercessionen noch vor dem Hauptschuldner belangt werden könnten, ihnen ein gleiches Recht auch gegen diejenigen zugestanden werden möchte, welche für ihre Schuldner fidejubirt, oder constituirt hätten. Allein sie erhielten nur soviel, daß es ihnen erlaubt seyn solle, sich ein solches Recht durch Vertrag auszubedingen[49]). Noch eine andere Ausnahme macht **Huber**[50]), wo bey dem constituto alieno das beneficium excussionis wegfallen soll, nämlich wenn ein Termin festgesetzt worden, auf welchem der Constituent präcis Zahlung zu leisten versprochen hat, wenn binnen dieser Zeit der Hauptschuldner nicht zahlen würde. Ein solches Beyspiel hat **Marcellus** *L.* 24. *D. h. t.* Titius Sejo epistolam emisit in haec verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maiis probos. Quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.* Quaero an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? MARCELLUS respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an, si non successisset, de constituta teneatur? MARCELLUS respondit, in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio. War der Hauptschuldner bereits zur Bezahlung rechtskräftig verurtheilt, und der Constituent hat das Judicatum für den Schuldner zu bezahlen übernommen,

49) S. *Herm.* HUBERT Diss. II. de argentariis veterum. Cap. II. §. 5. in *Ger.* OELRICHS *Thes.* Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. I. pag. 127.

50) Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. et. 6.

men, so geben alle zu, daß auch hier das beneficium ordinis wegfalle [51]).

Darin aber kommt das constitutum alienum mit der Bürgschaft überein, daß es

1) Die Fähigkeit voraussetzt, eine fremde Verbindlichkeit zu übernehmen. Wer also sich nicht verbürgen kann, kann auch ein solches constitutum nicht eingehen, wie z. B. Frauenspersonen, Soldaten [52]).

2) Es setzt, wie die Fidejussion, das Daseyn einer an sich nicht ungültigen Verbindlichkeit voraus, sie mag übrigens aus einer erlaubten oder unerlaubten Handlung entstanden seyn [53]). Daß auch schon immer die Person des Schuldners zu der Zeit gewiß sey, da das Constitutum eingegangen wird, ist nicht nöthig. Es ist genug, wenn nur überhaupt eine Schuld vorhanden ist. Daher kann man für erbschaftliche Schulden zum Besten der Gläubiger constituiren, wenn gleich der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, und noch sehr ungewiß ist, ob er sie antreten werde. Ulpian sagt *L.* 11. *pr. D. h. t.* Hactenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit, etiam si nullus apparet, qui interim debeat:

51) S. MEVIUS Part. I. Decis. 229. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. ult. u. a.

52) *L. 1. §. 1. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abth. Resp. XLV. nr. 12. ff.

53) *L. 1. §. 6. L. 24. L. 26. L. 29. D. h. t.* LAUTERBACH c. l. §. 8. und Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 124.

beat: utputa, si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum: nam et POMPONIUS scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est [54]).

3) Die Einwilligung des Schuldners ist auch hier so wenig, wie bey der Fidejussion, erforderlich. Es kann daher nicht nur ohne Wissen des Schuldners, sondern auch wider den Willen desselben geschehen, und der Schuldner ist nicht berechtiget, dem Constituenten die Zahlung an den Gläubiger zu verbieten. Ulpian belehrt uns ebenfalls hierüber, wenn er *L.* 27. *D. h. t.* sagt: Utrum praesente debitore, an absente constituat quis, parvi refert. Hoc amplius, etiam *invito* constituere eum posse, POMPONIUS *libro* 34. scribit. Unde falsam putat opinionem LABEONIS existimantis, si postquam qui constituit pro alio, dominus [55]) ei denunciet, ne solvat, in factum exceptionem dandam. Nec immerito POMPONIUS: nam cum semel sit obligatus, qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.

4) Die Verbindlichkeit des Constituenten ist eben so, wie die des Bürgen, eine bloß accessorische. Sie hört daher auf, wenn die Hauptverbindlichkeit des Schuldners durch

54) Man sehe *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

55) Statt *dominus* liest *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XV. c. 4. *debitor*. Diese Emendation billiget auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 314. und sie hat die Auctorität der Basiliken Lib. XXVI. Tit. 7. const. 27. pag. 186. T. IV. nach Fabrot für sich. Man sehe jedoch *Iust.* MEIERI Ενδοξῶν Iustinian. Decad. V. cap. 2.

durch Zahlung, oder sonst auf rechtliche Art getilgt wird [56]). Hätte der Gläubiger zuerst gegen den Constituenten geklagt, von diesem aber seine Bezahlung nicht erhalten, so ist darum der Hauptschuldner nicht befreyet, sondern es bleibt dem Gläubiger immer noch unbenommen, den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen. Es mag dieses zwar ehemals unter den alten Römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen seyn, allein nach Ulpians Ausspruch ist die Sache jetzt ausser Zweifel. Vetus fuit dubitatio, sagt nämlich dieser römische Jurist *L.* 18. §. *ult. D. h. t.* an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere? *solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione* [57]): quoniam solutio ad utramque obligationem proficit [58]).

5) In der Regel ist jedoch das constitutum alienum eben so, wie die Fidejussion, eine subsidiarische Intercession. Dies hat wenigstens nach der Novelle 4. Kap. 1. gar keinen Zweifel, vermöge welcher auch der Constituent nur in sofern verpflichtet wird, als der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht zu erhalten vermag. Daher wird auch in der Praxis dem Constituenten das beneficium excussionis ohne alles Bedenken gestattet [59]). Endlich

6) ha-

56) *L.* 43. *D. de Solut. L.* 28. *D. h. t.*

57) *L.* 29. *D. de novat.*

58) *L.* 23. *Cod. de fideiussor.*

59) MEVIUS Part. I. Decis. 229. CARPZOV P. II. Const. XVIII. Def. 2. WERNHER Observat. forens. Tom. I. P. I. Obs. 29. et P. IV. Obs. 26. BERGER Oeconom. iuris. Lib. III. Tit. 1. Th. 11.

6) haben mehrere für die nämliche Schuld constituirt, so haften sie zwar, wie mehrere Bürgen, als correi [60]); jedoch kommt ihnen auch eben so, wie diesen, die Rechtswohlthat der Theilung zu statten [61]). **Justinian** hielt diese Gleichstellung für billig, wenn er *L.* 3. *C. h. t.* verordnet: Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere in his etiam, *qui pecunias pro aliis simul constituunt*, necessarium est. Aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.

§. 852. a

Bedingungen der actio de constituta pecunia. Actio *Directa* und *utilis*.

Noch ist zu bemerken, daß

I. wenn die actio de constituta pecunia Statt haben soll, dazu nach dem Edict des Prätors zweyerley erfordert werde.

1) Der Constituent muß seinem Versprechen kein Genüge geleistet haben.

2) Es muß auch nicht an dem Gläubiger gelegen haben, das Versprochene in Empfang zu nehmen.

Die Worte des Edicts, welche diese doppelte Bedingung enthalten, führt **Ulpian** *L.* 16. §. 2. *D. h. t.* an,

Th. II. not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. **Westphals** Rechtsgutachten. 1. Band h. t. §. 1. S. 81. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2069.

60) *L. 16. pr. D. h. t.*

61) LAUTERBACH c. l. §. 17.

an, wo sie folgendermaßen lauten: Ait Praetor: *Si appareat, eum, qui constituit, neque solvisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est,* sc. iudicium dabo [62]). Der Sinn dieser Worte geht also dahin, der Beklagte muß in mora solvendi, und der Kläger nicht in mora accipiendi gewesen seyn, wenn die Klage Statt haben soll. Ich habe gesagt, der Beklagte müsse

1) dem Constitutum kein Genüge geleistet haben. Dahin gehört nicht bloß, wenn der Constituent mit der versprochenen Zahlung ganz ausgeblieben ist, sondern auch

a) wenn er Zahlung versprochen hat, und nachher, statt derselben, blos eine Cautionsleistung anbietet [63]). Hätte er hingegen nur die letztere constituirt, so handelt er seinem Versprechen gemäß, er mag die versprochene Caution durch Bürgen oder Pfandgebung leisten. Paulus sagt *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Constituto satis non facit, qui *soluturum* se constituit, si offerat *satisfactionem.* Si quis autem constituat, se *satisdaturum* [64]), et *fide-*

 iusso-

62) Diese letztern Worte supplirt nicht ohne Grund *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

63) Es ist ein großer Unterschied zwischen Zahlung und Cautionsleistung. Erstere muß der Gläubiger auch wider seinen Willen annehmen, allein nicht die letztere. Diese gilt nur denn der Zahlung gleich, wenn sich der Gläubiger dieselbe will gefallen lassen. *L. 6. §. 1. D. Quib. mod. pignus solv.*

64) So lieset die Florentine. Dagegen haben Haloander und Baudoza *satisfacturum.* Dieser Leseart giebt *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Exspectas* pag. 316. den Vorzug.

Unser

inssorem vel *pignora* det, non tenetur: quia nihil interſit, quemadmodum ſatisfaciat.

b) Wenn der Conſtituent etwas Anderes leiſten will, als er zu zahlen verſprochen hat. Denn es bleibt auch hier bey der Regel, daß gerade derjenige Gegenſtand geleiſtet werden muß, worauf die Verbindlichkeit des Schuldners gerichtet iſt; es ſey von einem Geben oder Thun die Rede [65]).

c) Wenn der Conſtituent die Zahlung einem Andern geleiſtet hat, als dem ſie verſprochen worden iſt. Z. B. Du hatteſt anfangs mir oder dem B. die Zahlung verſprochen; nachher verſprichſt Du durch ein Conſtitutum, mir die Zahlung allein leiſten zu wollen. Gleichwohl haſt Du die Schuld dem B. bezahlt. Hier kann ich Dich dennoch ex conſtituto belangen [66]). Eben dieſes gilt auch in dem Falle, wenn der Schuldner mit einem ſeiner Correalgläubiger das Conſtitutum eingeht, daß er ihm allein zahlen

Unſer Erlanger Pand. Codex hingegen ſtimmt mit der Florentine überein. In den *Baſilicis* Tom. IV. pag 185. in fin. heißt es auch: O *ἀντιφωνῶν ἱκανοδοσίαν διδοναι.* i. e. *Qui conſtituit ſe ſatisdaturum*; und BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Satisdare*, macht bey dieſer Stelle die Bemerkung, daß das Wort *Satisdare* zuweilen, im allgemeinen Sinn genommen, ſoviel heiße, als *quoquo modo ſatisfacere.*

65) *L. 25. D. h. t. L. 2. §. 1. in fin. D. de reb. credit.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 4. pag. 932. und THIBAUT Syſtem des Pand. Rechts. 1. B. §. 92.

66) *L. 8. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. 23. ſeqq. pag. 388.

len wolle, und nachher doch dem Andern die Zahlung leistet. Hier wird derjenige, mit welchem das Constitutum ist eingegangen worden, nun als der alleinige Gläubiger angesehen. Paulus sagt *L.* 10. *D. h. t.* Idem est, et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est; quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.

2) Die andere Bedingung ist, daß es nicht an dem Gläubiger selbst gelegen habe, daß der Schuldner dem Constitutum kein Genüge geleistet hat. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so fällt die Klage weg, jedoch entschuldiget kein, auch nur zufälliges Hinderniß, welches sich am Tage der Leistung in der Person des Constituenten ereignete [67]). Generaliter enim causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, sagt Venulejus *L.* 137. §. 4. *D. de Verb. obligat.* Nur wenn die Sache, welche den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, durch Zufall zu Grunde gegangen ist, so kann sich der Constituent, wenn er dennoch belangt worden ist, mit einer Einrede schützen [68]), wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* sagt: Si non stetit per actorem, tenet actio, *etiamsi per rerum naturam stetit.* Sed magis dicendum est, subveniri reo debere. Es fragt sich aber, auf welchen Zeit-

 punct

67) S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 79. not. γ.

68) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. h. L. und *Io.* IENSII Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad L. 16. §. 3. D. h. t. pag. 105. (edit. *Lugdun. Batav.* 1764. 4.)

punct zu sehen sey, um zu beurtheilen, ob der Kläger oder der Beklagte in mora war? Vergleichen wir hierüber die *L.* 16. §. *ult. L.* 17. und *L.* 18. *D. h. t.* so scheinen Ulpian und Paulus hierin nicht einerley Meinung gewesen zu seyn. Ulpian behauptet, nach den Worten des Edicts komme es präcis auf die in dem Constitutum festgesetzte Zeit an. Ist der Constituent zu dieser Zeit seiner Verbindlichkeit nicht nachgekommen, so ist die Klage gegen ihn begründet, wenn er auch nachher die Zahlung dem Gläubiger angeboten hatte. Folgende Worte lassen hierüber keinen Zweifel übrig: Haec autem verba Praetoris, *neque fecisse reum, quod constituit*, utrum *ad tempus constitut* pertinent, an vero *usque ad litis contestationem* trahimus, dubitari potest? Et puto, *ad tempus constituti.* Paulus hingegen glaubt, wenn der Constituent auch nicht gerade an dem bestimmten Zahlungstage sich eingestellt, sondern erst nach Verlauf desselben dem Gläubiger Zahlung angeboten habe, so sey der letztere in mora, wenn er die Zahlung ohne rechtmäßige Ursache anzunehmen verweigerte. Der Schuldner könne also die Folgen seiner mora abwenden, so lange der Gläubiger seine Klage noch nicht erhoben hat. So wären die Worte des Prätors: *neque fecisse reum* nach der Billigkeit, und dem Geist des Edicts gemäß zu erklären. Dies ist der Sinn der *L.* 17. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec illa iusta causa fuit non accipiendi, aequum est, succurri reo aut exceptione, aut iusta interpretatione: ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat; ut illa verba, *neque fecisse*, hoc significent, *ut neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.* Der

Zu-

Zusammenhang zwischen beyden Stellen ist also der. Nach den Worten des Edicts ist zwar der Schuldner in mora, wenn er sich nicht pråcis an dem bestimmten Zahlungstage bey dem Glåubiger einfindet, und seiner Verbindlichkeit ein Genüge leistet. Allein nach einer billigen Auslegung desselben kann der Constituent seine mora noch bis zur Anstellung der Klage des Glåubigers wieder gut machen, wenn er ihm Zahlung anbietet. Schlågt der Glåubiger dieses Anerbieten, ohne ein gegründetes Interesse zu haben, aus; so wird er dadurch in mora versetzt, und klagt er dennoch nachher gegen den Constituenten, so kann sich letzterer mit einer Exception dagegen schützen. Est igitur in mora accipiendi actor, sagt mit Recht Anton Faber [69]), quamdiu nihil adhuc coepit ipsius interesse, licet constituens fuerit in mora solvendi. Merito igitur noluit Praetor, ut factum actoris ipsi noceat, ad tempus usque accepti iudicii, nisi iustam causam habuerit recusandae solutionis, id est, nisi damnum aliquod ex mora senserit, ut negari non possit eius interesse. Mit dieser Erklårung stimmen auch die Basiliken [70]) überein, in welchen der Sinn der angeführten beyden Stellen auf folgende Art ausgedrückt ist. Ο μὴ ἐμπροθέσμως ποιῶν ὅπερ ἀντεφώνησεν, ὑπόκειται. ὁ δὲ φυσικῶς ἐμποδισθεὶς, βοηθεῖται. Καὶ ὁ μετὰ ταῦτα μέχρι προκατάρξεως, ποιῶν ὅπερ ἀντεφώνησεν. Εν ᾧ μὴ διαφέρει τῷ ἐνάγοντι i. e. *Qui constituta die non fecit, quod constituit, tenetur. Si vero per rerum naturam stetit. subvenitur ei. Et ei, qui postea usque ad litis contestationem fecit, quod constituit,*

69) Rational. in Pand. ad L. cit. pag. 513.

70) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. pag. 184. edit. *Fabroti.*

tuit, si actoris non intersit. So wäre man also mit den Worten des Edicts: *neque solvisse neque fecisse,* welche von der mora debitoris handeln, im Reinen. Allein einem gleichen Zweifel sind die Worte: *neque per actorem stetisse*, unterworffen. Ulpian behauptet, daß auch diese auf die in dem Constitutum bestimmte Zahlungszeit zu beschränken wären. War also der Gläubiger zu dieser Zeit zum Empfang der Zahlung bereit, so ist die Klage begründet, wenn er es auch gleich weder vorher noch nachher gewesen wäre. Die Worte desselben lauten *L.* 18. *h. t.* so: Item illa verba Praetoris, neque per actorem stetisse, eandem recipiunt dubitationem. Et *Pomponius* dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non stetit, ante stetit, vel postea? Et puto, *et haec ad diem constituti referenda.* Wollte man diese Worte von dem Falle verstehen, da der Gläubiger die ihm vor der Zahlungszeit oder auch nach Ablauf derselben angebotene Zahlung ausschlug, und die Klage für gegründet halten, wenn nur der Gläubiger beym Eintritt der Zahlungszeit bereit war, die schuldige Sache in Empfang zu nehmen, so würde auch hier zwischen Ulpian und Paulus ein Widerspruch seyn. Allein der Fall war abgethan, wenn der Schuldner zwar beym Eintritt der Zahlungszeit ausblieb, nachher aber, ehe noch der Gläubiger die Klage gegen ihn erhoben hatte, ihm die Zahlung anbot. Daß hier nach einer billigen, und dem Geist des Edicts gemäßen Erklärung die Klage nicht mit Wirkung angestellt werden könne, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Zahlung ohne rechtmäßige Ursache ausgeschlagen hat, ist nun als eine, nach dem Ausspruch des Paulus, ganz entschiedene Wahrheit anzusehen. Eben so wenig kann es aber auch einem

gegrün-

gegründeten Zweifel unterworffen seyn, daß sich der Schuldner durch eine Einrede schützen könne, wenn er noch vor dem Eintritt des Zahlungstermins dem Gläubiger die schuldige Sache anbot, und der letztere die Annahme derselben ohne rechtmäßige Ursache verweigerte. Denn **Ulpian** sagt selbst *L.* 38. §. 16. *D. de Verbor. obligat.* Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: *totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur.* Hiermit stimmt auch **Celsus** *L.* 70. *D. de solut.* überein. Allein die vom **Ulpian** in der *L.* 18. *pr. D. h. t.* angeführten Beyspiele beweisen, daß hier von einem solchen Falle die Rede sey, wo nicht durch verweigerte Annahme der schuldigen Zahlung, sondern durch andere zufällige Ursachen, die sich in der Person des Gläubigers ereignet haben, die Erfüllung der Verbindlichkeit auf Seiten des Schuldners verhindert wurde. Hier stimmen **Ulpian** und **Paulus** darin überein, daß es lediglich darauf ankomme, ob der Zufall, welcher den Gläubiger hinderte, die Zahlung, wozu der Constituent bereit war, in Empfang zu nehmen, sich gerade zu der Zeit, da die Leistung geschehen sollte, in seiner Person ereignete, oder vorher, oder nachher. Nur in dem ersten Falle ist er dem Gläubiger nachtheilig, in den übrigen Fällen hingegen ist die Klage begründet. So sind mit **Jacob Voorda** [71]) die Worte **Ulpians** zu erklären, welche so lauten: Proinde si valetudine impeditus, aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere *Pomponius* scribit. Nach diesen Worten ist also der Gläubiger in mora, wenn der Schuldner am Zahlungstage bereit war, seine Verbindlichkeit

71) Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 16.

lichkeit zu erfüllen, und ihn zu dieser Zeit nichts hinderte, die schuldige Zahlung zu leisten, als die Gegenwart des Gläubigers, welcher am Zahlungstage nicht anzutreffen war, wenn letzterer auch durch einen bloßen seine Person betroffenen Zufall wäre gehindert worden, die schuldige Sache zur bestimmten Zeit von dem Constituenten in Empfang zu nehmen. Fällt indessen gleich die actio de constituta pecunia in diesem Falle weg, so kann sich der Gläubiger doch noch immer der Klage bedienen, welche ihm des eingegangenen Geschäfts wegen vor dem Constitutum zustand [72]). Denn daß durch das Constitutum die erste Verbindlichkeit nicht aufgehoben werde, ist schon oben bemerkt worden.

II. Die actio de constituta pecunia ist bald *directa* bald *utilis*. Erstere steht demjenigen zu, welchem constituirt worden ist, er sey der Gläubiger selbst, oder ein Dritter, wenn diesem nur mit Einwilligung des Gläubigers war constituirt worden [73]). Daher kann auch ein Procurator direct klagen, wenn diesem die Zahlung ist versprochen worden [74]), und daß die Klage auch den Erben zustehe, leidet vollends keinen Zweifel [75]). Letztere hingegen kann auch einem

72) S. *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 316. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLVII. Th. 9.

73) *L.* 5. §. 2. *L.* 6. *L.* 7. *L.* 8. *D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. h. t. Th. 79. et ad *Eundem* MÜLLER not. *α*.

73) *L.* 5. §. 6. *D. h. t.*

75) Denn die actio de constituta pecunia ist, wie Ulpian lehrt *L.* 18. §. 2. *D. h. t.* eine bloß persecutorische Klage, wenn gleich die Verbindlichkeit, welche durch das Constitutum bestärkt

einem Dritten zustehen, nämlich den Pupillen, Minderjährigen und Städten, wenn deren Tutoren, Curatoren oder Actoren zum Besten derselben mit ihren Schuldnern constituirt haben [76]). Hat der Fiduciar mit den Schuldnern des Erblassers zum Besten der Erbschaft constituirt, so versprechen zwar ihm die Gesetze nach geschehener Ablieferung der Erbschaft die actionem de constituta pecunia ab, weil nach der Verordnung des Trebellianischen Senatsschlusses die erbschaftlichen Forderungen auf den Fideicommissar übergegangen sind. Allein es fragt sich, ob sich nicht der Fideicommissar der constitutorischen Klage bedienen könne? Nun gehen zwar eigentlich die Klagen aus solchen Geschäften, welche der Fiduciar vor der Restitution vorgenommen hat, nach dem angeführten Senatus-Consultum nicht ipso iure auf den Fideicommissar über, sondern es muß sich derselbe deshalb die Rechte des Fiduciars besonders cediren lassen [77]). Es wird indessen dem Fideicommissar der Billigkeit wegen eine actio utilis ex constituto gestattet; welche auch dem wahren Erben in dem Falle zusteht, da derselbe die Erbschaft gegen den Besitzer derselben erstritten hat, wenn dieser zuvor mit den Erbschaftsschuldnern constituirt hatte [78]). **Paulus** bestätiget alles dieses, wenn

bestärkt worden ist, ursprünglich durch ein Delict entstand. S. BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 10. Daß daher die actio constitutoria sowohl active als passive auf die Erben übergeht, bestätiget ausdrücklich **Justinian** *L. 2. pr. Cod. h. t.*

76) *L. 5. §. 9. D. h. t.*

77) *L. 73. pr. D. ad Sctum Trebell.* S. **Westphal** von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1859.

78) Nach dem strengen Recht wirken sonst Verträge, die der Besitzer

wenn er *L. 22. D. h. t.* sagt: Si post constitutam tibi pecuniam, hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi *pecuniae constitutae actio*. Idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem. *Sed magis est, ut fideicommissario, vel ei, qui vicit, decernenda esset actio* 79).

§. 852. D.

Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Der heutige Nutzen des Constitutums läßt sich im Ganzen wohl nicht mit Grund bezweifeln. Zwar wirkt heutiges Tages schon jedes Versprechen an sich eine Klage, es mag in Rücksicht einer schon vorhandenen Verbindlichkeit

Besitzer einer fremden Erbschaft geschlossen hat, für den wahren Erben, wenn er die Erbschaft erstreitet, weder Verbindlichkeit, noch Recht. *L. 17. §. 6. D. de pactis.* Allein der Erbe kann verlangen, daß ihm der Besitzer alle Klagen cedire, welche er der Erbschaft wegen erworben hat. *L. 16. §. 4. 5. et ult. L. 17. L. 18. pr. L. 20. §. 17. L. 30. D. de heredit. petit.* Man vergleiche noch *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad Tit. de pactis ad L. cit. 17. §. 6. h. t. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. cap. 8. *Oper.* pag. 933. *Lud.* CHARONDAS Πιθανων s. Verisimil. Lib. II. cap. 8. und *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Cent. I. Qu. 93.

79) Ohne Grund hält *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XV. cap. 5. diese letztern Worte für einen Zusatz des Tribonians. Man sehe vielmehr über dieses Gesetz die sehr gründliche Erklärung in *Iust.* MEIERI Ευδοξων Iustinianeor. Decad. V. cap. 1. und *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. III. Qu. 37.

keit geschehen, oder nicht. Deswegen läßt sich aber doch mit Johann Schilter [80]) nicht behaupten, quod actio ex pacto moribus nostris *sibi in omnia sufficiens* sit, noch mit Georg Beyer [81]) dieser Lehre aller heutiger Gebrauch absprechen. Das *constitutum proprium* hat noch immer darin seinen Nutzen, daß dadurch ein nicht absolut ungültiges, sondern nur in Ansehung seiner Wirkungen eingeschränktes Geschäft vollgültig und wirksam werden kann, wenn es unter solchen Umständen geschiehet, unter denen sich der Constituent vollgültig verpflichten kann. Daß auch beym Darlehn durch ein wiederholtes Zahlungsversprechen die exceptio non numeratae pecuniae ausgeschlossen werde, ist schon an einem andern Orte [82]) gesagt worden. Das *constitutum alienum* hingegen ist heutzutage von der Fidejussion zwar nicht mehr in Ansehung der Form, wohl aber noch jetzt in Ansehung des Zwecks unterschieden, insofern es nämlich zu anderen Zwecken geschiehet, als blos um dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen [83]). Es ist daher unrichtig, wenn einige [84]) behaupten, daß die Fidejussion ganz in das Constitutum übergegangen sey, und daher heutzutage bey Bürgschaften bloß die actio constitutoria Statt habe.

80) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV. §. 76.

81) Delineat. iuris civ. positionib. succinctis comprehensa secundum Pandectas h. t. pag. 281.

82) S. den 12. Th. dieses Commentars S. 151. ff.

83) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 955. der 3. Aufl.

84) SCHILTER c. l. §. 78. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 2068. BEYER c. l. pag. 281.

Lib. XIII. Tit. VI.

Commodati vel contra.

§. 853.

Begriff des Leihcontracts, und Erfordernisse desselben.

Der andere Real-Contract, von welchem der Prätor in seinem Edict unter der Rubric *de rebus creditis* handelte, ist der Leihcontract, (*commodatum*)[85]. Man versteht darunter denjenigen Real-Contract, wodurch Jemand einem Andern eine Sache unentgeldlich zu einem in Rücksicht auf Art, Zweck, oder Zeit bestimmten Gebrauch unter der Bedingung übergiebt, daß er nach geendigtem Gebrauch die Sache in Natur und unverdorben wieder zurückgeben solle [86]. Die Worte des Edicts, welches von diesem

85) S. *Franc.* DUARENI Commentar. ad hunc Tit. in *Operib.* pag. 951. sqq. Ausserdem haben *Io.* GOEDDAEUS. *Casp.* ZIEGLER, *Barth. Leonh.* SCHWENDENDOERFER und andere mehr, welche in LIPENII *Bibl. reali iurid.* v. *Commodatum* angeführt werden, von diesem Contract gehandelt. Unter den neuern sind zu bemerken *Mich. Henr. Ge.* REINHARDI Commentat. de commodato eiusq. actionibus. *Erfordiae* 1752. 4. und *Henr. Ant. van* ALPHEN van der Broeck Diss. de commodato. *Lugd. Bat.* 1785.

86) Das Wort *commodatum* hat verschiedene Bedeutungen. Es wird

diesem Contract handelte, lauteten nach **Ulpian** *L.* 1. *pr. D. h. t.* so: *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.* **Anton Faber** 87) folgert hieraus, daß die *actio commodati* eine prätorische Klage sey. Vorher habe nach dem ältern Civilrecht nur *actio in factum praescriptis verbis* Statt gefunden. Allein richtiger ist wohl die Meinung des **Cocceji** 88), daß die actio commodati ursprünglich eine Civilklage sey. Denn **Ulpian** zählt *L.* 7. *pr. et* §. 1. D. de pactis ausdrücklich das *commodatum* zu denjenigen conventionibus iuris gentium, welche von jeher eine Klage wirkten; die actiones in factum praescriptis verbis aber entstanden erst aus neuern Geschäften, welche keine bestimmte Klagformel hatten 89). Es ist auch gar keine richtige Folge, daß eine Klage darum eine actio praetoria sey, weil sie der Prätor in sein Edict aufgenommen hat. Hierzu kommt, daß ursprünglich in dem Edict des Prätors nicht einmal das Wort *commodasse* gebraucht war, **Pacuvius**, der Urheber des Edicts, schrieb: *Quod quis utendum dedisse dicetur*, wie **Gerhard Noodt**

wird nicht nur für diesen Contract genommen, der oben definirt worden ist, sondern auch für die entlehnte Sache, z. B. commodatum accipere, reddere, restituere. *L.* 3. § 3. *L.* 5. *pr. et* §. 13. *D. L. fin. Cod. h. t.* Bisweilen auch für die Klage aus dem Contract, z. B. commodati agere, commodati teneri. S. LAUTERBACHII Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

87) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t.

88) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

89) S. MEISTERI Diss. de in factum actionibus. Cap. II. §. 33. in *Opusc.* pag. 381.

Noodt [90]), bemerkt. Erst Julian verbesserte dieses in dem edicto perpetuo, und setzte dafür den passendern Ausdruck *commodasse*. Unum solummodo notandum, sagt Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* quod qui Edictum concepit, (nämlich Julian) *commodati* fecit mentionem, cum PACUVIUS *utendi* fecerit mentionem. Von dem Leihcontract sind folgende Sätze zu bemerken.

1) Das Commodatum ist ein Realcontract, und wird, als solcher, erst durch die Tradition perfect.

2) Es hat also nur Sachen zum Gegenstande. Einige Rechtsgelehrten wollen zwar auch ein *commodatum personarum* annehmen, nämlich in Absicht auf Dienstleistung [91]). So sagt Just Henning Böhmer [92]): Dari etiam *commodatum personarum* intuitu operarum suarum, notum. Quidni ergo etiam Episcopus vel alius Superior clericum alii ecclesiae ad certum tempus *commodare* posset? qui revocari nequit, nisi post usum expletum. Eben dieses behaupten wörtlich Paul Joseph von Riegger [93]), und Xaver Gmeiner [94]); und Müller [95]) bemerkt noch insonderheit hierüber Folgendes: Quin etiam

90) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 317.

91) S. Otto Ludwig von Eichmann rechtliche und historische Anmerkungen von dem Leihen der Personen; (in desselben Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrsamkeit. (Halle 1782. 8.) Nr. XIV.

92) Institut. iuris canon. Lib. III. Tit. 15. §. 8.

93) Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 332.

94) Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 540. Cor. 3.

95) Ad *Struvii* Synt. iur. Exercit. XIX Th. 4. not. *β*.

etiam hodie *commodare* possumus servos seu famulos nostros, homines liberos. Videmus enim Principes personas aliis commodato dare cantores, coquos, et alios suos ministros. Allein das Römische Recht kennt kein Commodatum freyer Personen. Nur Sklaven, als Sachen betrachtet, konnten ein Gegenstand dieses Contracts seyn [96]). Wird einer freyen Person von demjenigen, welcher über sie zu gebieten hat, erlaubt, oder anbefohlen, einem Dritten zu desselben Nutzen unentgeldlich gewisse Dienste zu leisten, so treten hier ganz andere rechtliche Verhältnisse ein, welche zwar eine actio in factum, oder praescriptis verbis begründen können, aber nicht die actio commodati. Auch das Canonische Recht, worauf sich Böhmer, und die übrigen oben angeführten Canonisten berufen, weicht hierin von dem Römischen Recht nicht ab. Der hierüber sprechende Text, *cap. un X. de commodato* lautet so: Cum gratia sui tantum quis commodatum accepit, de levissima etiam culpa tenetur, licet casus fortuitus (nisi acciderit culpa sua, vel intervenerit pactum, seu in mora fuisset) sibi non debeat imputari. Contra eum quoque recte *commodati* non agitur, *nisi post usum expletum, cuius gratia res fuerit commodata*; cum non decipi beneficio nos oporteat, sed adiuvari. Auch das Canonische Recht nimmt also nur bey Sachen ein Commodatum an.

3) Die Sache wird im Commodat dem Empfänger blos zum Gebrauch gegeben. Er erhält daher nichts als eine Detention der Sache, keinen juristischen Besitz, noch viel

96) *L. 5. §. 7. L. 22. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.*

viel weniger ein Eigenthum [97]). Daher ist es auch gleichgültig, ob die entlehnte Sache eine eigene Sache des Verleihers oder eine fremde Sache ist [98]).

4) Die Sache muß dem Entlehner zu einem bestimmten Gebrauche überlassen werden. Dieser Gebrauch kann bestimmt seyn 1) in Absicht auf die Art desselben. Z. B. ich leihe Jemanden mein Pferd bloß zum Reiten oder zum Pflügen, oder zum Gebrauch für die Reitbahn; oder ich leihe Jemandem Geld bloß zur Prahlerey. [99]) 2) In Absicht auf den Zweck. Z. B. es leihet mir Jemand seine goldene Uhr, um sie meinem Gläubiger zum Pfande zu geben [100]). 3) In Absicht auf die Zeit. Z. B. ich leihe Jemandem ein Buch blos auf einen Tag. Ueberhaupt kann der Gebrauch, den man in diesem Contract dem Andern verwilliget, bald mehr, bald weniger beschränkt seyn; er muß nur aber immer so beschaffen seyn, daß er der wesentlichen Verbindlichkeit des Commodatars, die Sache in Natur zurückzugeben, nicht widerspricht. Daher können denn auch fungible Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn, wenn man sie zu einem solchen Gebrauche entlehnt,

97) *L. 9. D. de rei vindicat. L. 4.* verglichen mit *L. 3. §. ult. D. ad exhib.* L. *8. D. h. t. L. 9. D. eod.* L. *38. §. 10. D. de usur.* L. *20. de acquir. vel amitt. poss. L. 1.* §. 3. *D. de precario.*

98) L. *15. et 16. D. h. t.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 318.

99) *L.* 3. §. *6. D. h. t.*

100) *L.* 5. §. 12. *D. h. t.*

lehnt, wodurch sie nicht consumirt werden [1]). Ulpian bestätiget dieses selbst, wenn er *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* sagt: Non potest commodari id, quod usu consumitur: nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat; und Cujaz führt *L.* 4. *D. eodem.* ausdrücklich das Beyspiel vom Gelde an: Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, sagt er, ut *dicis gratia* [2]) numera-

Ee 2 tionis

1) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1875. a. E. Es ist also unrichtig, wenn viele den Begriff des Commodats so bestimmen, als wenn nur allein nicht fungible Sachen ein Gegenstand desselben seyn könnten. Z. B. HUBER in Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 15. §. 8. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 1. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 106. *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iur. civ. §. 409. u. a.

2) *Dicis causa* ist soviel als perfunctorie, simulate, ad speciem, zum Schein, was man sonst pro forma nennt. Ueber die Etymologie dieses Ausdrucks sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Man sehe darüber *Abrah.* WIELING Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 3. Er selbst leitet es von ἀπὸ τῆς δίκης her. Auch *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 3. pag. 463. ist der Meinung, daß der Ausdruck *dicis causa* aus dem Griechischen abstamme, nämlich von δίκαιον *ius* vel *iustum.* Er sagt daher: *dicis causa* datur hic pecunia, ut contractus sit iustus, et ex legis praescripto. Cuius exemplum sumi potest in omnibus imaginariis, quos appellamus, contractibus. Auch CICERO *Orat. IV. in Verrem. cap.* 24. braucht den erwähnten Ausdruck in der angegebenen Bedeutung, wenn er sagt: *Attamen, ut posset dicere, se emisse, Archagato imperat, ut aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummulorum* DICIS CAUSA *daret.* Man sehe auch *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Dicis causa.*

tionis loco intercedant. Man denke sich z. B. den Fall, daß der Gläubiger, um seinen Schuldner, dem er die Schuld erlassen hat, gänzlich von seiner Verbindlichkeit zu befreyen, demselben das Geld selbst geliehen hätte, um ihm damit in Gegenwart von Zeugen zum Schein die Schuld zu bezahlen[3]).

5) Der Gebrauch der Sache muß unentgeldlich überlassen werden, jedoch

6) unter der Bedingung, die Sache nach geendigtem Gebrauche in Natur wieder zurückzugeben. Hierdurch unterscheidet sich der Leihcontract vom Darlehn. Denn in dem letztern wird das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übertragen, mit der Verpflichtung, eine Sache von derselben Art, Güte und Größe zur gehörigen Zeit zurückzugeben[4]).

§. 854.

Das Commodat ist ein Realcontract.

Da der Leihcontract nach der Natur der Real-Contracte erst durch die Uebergabe der Sache seine Perfection erhält, so muß man ein bloßes pactum de commodando davon wohl unterscheiden. Ein solches ist vorhanden, wenn die Sache noch nicht wirklich übergeben, sondern blos deren Uebergabe versprochen wird. Nach dem Römischen Recht

3) *L. 67. D. de solut.* iunct. L. 18 §. 1. D. de reb. cred. S. *Ge.* FRANTZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 13.

4) Von diesen Unterschiede handeln ausführlich MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 2. not. β. pag. 1223. und MADIHN cit. Institut. §. 410.

Recht ist dieses unverbindlich, allein nach dem heutigen Recht begründet ein solcher Vertrag eine klagbare Verbindlichkeit zur Uebergabe [5]). Die Uebergabe kann übrigens auch hier sowohl eine wahre, als erdichtete seyn.. Z. B. ich habe Jemandem eine gewisse Sache in Verwahrung gegeben, und erlaube ihm nachher, dieselbe als ein Commodatum zu gebrauchen [6]).

§. 855.

Wer trägt im commodato den casum? Wenn kann die Sache zurückgefordert werden?

Daß der Commodatar nicht das Eigenthumsrecht der entlehnten Sache, sondern nur ein Gebrauchsrecht erhält, ist bereits bemerkt worden. Der Verleiher bleibt daher Eigenthümer [7]); ihn trifft folglich auch

5) S. WERNHERI select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. 97. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 914

6) Es concurrirt hier die actio commodati mit der actione depositi electivisch. S. STRYK Tr. de actionib. forens. Sect. I. Membr. V. §. 24. und *Ge.* OELRICHS Diss. de indole depositi notissimos terminos suos egredientis. *Goettingae 1777.* Sect. II. §. 3.

7) Auch nach teutschen Rechten geht das Eigenthum der Sache nicht auf den Commodatar über, wenn gleich mehrere das Gegentheil haben behaupten wollen, deren Meinung aber *Jo.* SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. XXV. §. 4.—10. zur Genüge widerlegt hat. Der Grund, daß nach der Verordnung einiger teutscher Statuten der Verleiher gegen den dritten Besitzer der geliehenen Sache keinen Anspruch haben solle, ist noch kein überzeugender Beweis. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5—8. und Eisenharts Grundsätze der teut. schen Rechte in Sprüchwörtern. 4. Abth. Nr. IX. S. 346. ff.

in der Regel der Schade, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde geht, gesetzt auch daß der Zufall durch die Art des Gebrauchs, wozu die Sache geliehen war, verursacht worden wäre. Denn der Commodant hat es sich alsdann selbst zuzuschreiben, daß er die Sache zu einem so gewagten Geschäft hergeliehen hat. Es muß nur der Commodatar die Gränzen des ihm gestatteten Gebrauchsrechts nicht überschritten, noch sonst durch ein Versehen den Zufall veranlaßt haben. Ein anders wäre freylich, wenn er den Zufall übernommen hätte, welches auch in dem Falle angenommen wird, da sich der Commodatar verbindlich gemacht hat, entweder die geliehene Sache selbst, oder deren Werth zu erstatten, und die Sache in dieser Absicht geschäzt worden ist [8]). Die bloße Aestimation der geliehenen Sache, ohne daß der Commodatar seiner Seits dieselbe zu erstatten versprochen hat, ist nicht hinreichend, wenn gleich mehrere das Gegentheil behaupten [9]). Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte hinlänglich bestätigen.

L. 5.

8) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXIV. Th. 3. GRIEBNER Progr. de aequitate Legum Rom. circa periculum rei commodatae. *Lipsiae 1702.* und *ab* EICHMANN Pr. de commodatario ad praestandum casum obligato. *Duisburgi 1752.*

9) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 28. §. *Neque ex conventione.* (in *Ge.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. IV. pag. 58.) BERGER in Oecon. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 7. not. 3. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 4. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 44. Allein man sehe vielmehr *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XXVII. §. 7. et 8. (in MEERMANNI *Thes. iur. civ. et can.* Tom. III. pag. 541.) *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν

f. LL.

1) *L. 5. §. 3. D. h. t.* Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit.*

Mit Recht bemerkt bey dieser Stelle **Franz Connanus** [10]: At mihi videtur aestimatio non alia de causa fieri, quam ut certum sit pretium rei, si forte contingat, eam dolo vel culpa vel negligentia accipientis amitti: ut ea de re non sit amplius aut iudicio disputandum, aut iurandum in litem. Quod adeo puto clarum esse, ut nulla dubitatio esse possit, praesertim in hoc contractu, qui sua natura dominium rei non transfert. Quando vero is, qui accipit commodato, de aestimatione rei convenit, recepitque aestimationem se praestaturum, ni rem restituerit; ea casu aliquo peremta, cum iam non possit eam restituere, ex pacto suo tenetur ad aestimationem. Viele [11]) wollen zwar die angeführte Stelle nur von dem Falle verstehen, wenn der Commodatar, wie gewöhnlich, von dem Contract den Vortheil allein hat. Denn wenn derselbe in diesem Falle die Aestimation versprach, so könne man eine solche Verpflichtung nicht wohl für etwas anders, als

f. LL. Conciliatar. Centur. VII. Qu. 96. *Io.* BRUNNEMANN Comment. ad L. 5. §. 3 D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

10) Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 3. pag. 466.

11) SALICETUS ad L. 5. §. 3. D. h. t. *Ge.* FRANTZKIUS in Comm. h. t. n. 44. et. 45. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 1. B. S. 62. f. u. a. m.

als für eine Erklärung ansehen, den Zufall auf sich nehmen zu wollen, weil er für die kleinste Nachlässigkeit ohnehin schon zu haften habe, und also das Versprechen, den Werth zu erstatten, ganz unnütz seyn würde, wenn der Commodatar nicht eine größere Verbindlichkeit damit hätte auf sich nehmen wollen, als die ihm ohnehin schon obgelegen wäre. Man bestärkt diese Erklärung vorzüglich damit, daß in dem unmittelbar vorhergehenden Worten des §. 2, *L.* 5. *cit.* der Satz aufgestellet werde: Commodatum plerumque *solam utilitatem* continere eius, *cui commodatur*; et ideo et culpam praestandam et *diligentiam*. Diesen Satz dehne nun der Jurist in dem §. 3. noch weiter dahin aus, daß er sagt, der Commodatar müsse in diesem Falle, nämlich wenn er von dem Commodat allein den Vortheil hat, auch sogar für den Zufall stehen, wenn er die Aestimation versprochen habe. Hieraus schließen sie, daß wenn das Commodatum sowohl dem Verleiher als dem Entlehner vortheilhaft ist, das Versprechen der Aestimation den Commodatar nur verbindlich mache, für die geringste Nachlässigkeit zu haften, und wenn es bloß den Vortheil des Verleihers zum Zweck hat, der Commodatar nur zur Vertretung der culpae levis verbindlich werde. Denn man könne in diesen beyden Fällen vernünftigerweise nur annehmen, daß sich der Commodatar um einen Grad, nicht aber daß er sich um zwey Grade mehr habe verbindlich machen wollen. Allein vergleicht man damit andere Stellen, die vom periculo rei aestimatae handeln, so wird man mit Ziegler [12]) gegründetes Bedenken finden dieser Meinung beyzu-

12) Diss. de commodato Th. 106 — 114. in *Disceptat. Eius select.* pag. 502.

beyzustimmen. Um nur ein Beyspiel anzuführen, so gereicht bekanntlich der Miethcontract beyden Theilen zum Vortheil. Daher haften sie nur für culpa levis, wie Ulpian *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* lehrt. Gleichwohl trägt der conductor die Gefahr, wenn er die ihm vermiethete Sache für einen bestimmten Preiß übernahm. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 54. §. *ult. D. locati* sagt: Servum, qui *aestimatus* colonae adscriptus est, ad *periculum colonae* pertinere, *et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere.* Daß der Pächter hier vermöge der geschehenen Aestimation nur für culpa levissima, sonst aber für keinen Zufall zu haften habe, würde, wenn man diese Erklärung annehmen wollte, offenbar gegen die bekannte Bedeutung des Worts *periculum* streiten, worunter gewöhnlich ein rein zufälliger Schade in den Gesetzen verstanden wird [13]). Daher reden auch die Basiliken [14]) von einem interitu servi, wenn es daselbst heißt: *καὶ τελευτῶντος αὐτȣ̃ δίδοσι τὸ τίμημα.* i. e. *et si interierit, aestimationem eius praestat,* und der griechische Ausleger Cyrill erklärt diese Stelle ganz richtig, wenn er nach der lateinischen Uebersetzung des Fabrots [15]) sagt: *Fundum tibi locavi cum servis ibi degentibus, quos aestimatos tibi dedi: non solum in his dolum et diligentiam praestas, sed etiam casus fortuitos* (*τα τυχηρά*) *agnoscis. Dedicisti enim aestima-*

13) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Periculum*, und diesen Commentar 4 Theil §. 325. S. 367.

14) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. pag. 435.

15) Βασιλικῶν Tom. II. pag. 489.

mationem periculum rem alienam accipientis facere[16]).

2) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur: *nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*[17]).

Zur richtigen Erklärung dieser Stelle ist zu bemerken, daß dieselbe keine Einschränkung des unmittelbar Vorhergesagten enthält, wo von dem periculo rei aestimatae die Rede war, sondern vielmehr sich auf denjenigen Satz bezieht, den Ulpian §. 2. aufgestellt hatte, nämlich daß der Commodatar in der Regel für die geringste Nachlässigkeit haftet, wie auch Anton Faber[18]), und Reinhard Bachov[19]) bemerkt haben. Sodann wird hier der Commodatar, wenn er in einer vorhandenen Gefahr, wo er die geliehenen Sachen retten konnte, seine eigenen vorgezogen hat, für schuldig erklärt, den dadurch verursachten Schaden

16) Ausführlich handelt hiervon auch *Christ. Wilh.* WEHRN in Doctrina iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi. §. 33.

17) Fast mit denselben Worten sagt eben dieses Paulus *Receptar. Sententiar.* L. II. Tit. 4. §. 2.

18) Rational in Pand. ad L. 5. §. 3. in fin. D. h. t.

19) Not. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. 24. Th. 3.

den zu ersetzen. Es fragt sich aber, ob dieses unbedingt zu verstehen, und etwa als eine Ausnahme, die nur hier eintritt, anzusehen sey? Die Rechtsgelehrten sind hierüber verschiedener Meinung [20]). Doneau [21]) trägt kein Bedenken, beydes zu bejahen. Accursius hingegen, dem auch Hahn [22]), Lauterbach [23]), Brunnemann [24]) und mehrere andere beystimmen, glaubt, daß jener Satz blos dahin einzuschränken sey, wenn die geliehenen Sachen kostbarer sind, als die eigenen Sachen des Entlehners. Allein Cocceji [25]) giebt dieser Meinung nur insofern Beyfall, als die Rettung der eigenen Sachen des Commodatars dazu geschahe, um den Verleiher wegen seines Verlusts daraus entschädigen zu können. Noch anders unterscheiden Frantzke [26]) und Ziegler [27]). Es soll nämlich darauf zu sehen seyn, zu wessen Vortheil das Commodatum ist eingegangen worden. Wurde nämlich der Contract blos zum Vortheil des Commodatars eingegangen, wie der gewöhnliche Fall ist, so dürfe derselbe seine eigenen Sachen nie den entlehnten vorziehen, weil er hier zu dem möglichsten Fleiß verpflichtet sey. Wurde hingegen das Commodatum bloß zum Vor-

20) Man sehe WEHRN in Doctrina cit. Cap. IV. §. 13.

21) Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 7. pag. 887.

22) Obſervat. th. pract. ad *Weſenbecium* h. t. nr. VII. pag. 534.

23) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

24) Commentar. ad Pand. ad L. 5. §. 4. D. h. t.

25) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

26) Commentar. in Pand. h. t. nr. 48—51.

27) Diſſ. de caſu fortuito §. 12. in EIUS *Disceptat ſelect.* Nr. XV. pag. 511. ſq.

Vortheil des Verleihers geschlossen, so trete der gemeine Satz ein, daß ein Jeder sich selbst der nächste sey. Wäre endlich der Contract zum Vortheil beyder Theile eingegangen, so komme es darauf an, welche von beyden Sachen von größerem Werthe sind, die eigenen Sachen des Commodatars, oder die geliehenen Sachen? in dem erstern Falle könne der Commodatar die seinigen mit Recht vorziehen, weil Niemand in einer gemeinschaftlichen Gefahr verbunden sey, einen größern Schaden zu leiden, um einen geringern von dem Andern abzuwenden; in dem letztern hingegen mache sich der Commodatar eines Dolus schuldig, wenn er seine eigenen schlechtern Sachen den entlehnten kostbareren Sachen bey der Rettung vorzieht. Herr Hofrath **Schöman** [28]) glaubt endlich den Sinn des **Ulpians** am nächsten zu erreichen, wenn er den von diesem Juristen aufgestellten Satz dahin modificirt, daß der Commodatar in Nothfällen nur nicht sich allein helfen, und das Entlehnte ganz unbedacht lassen solle. Wenn also der Commodatar eben soviel für den Commodanten, als für sich aus einer solchen Gefahr gerettet hat, so könne man nicht von ihm sagen, *suas res praetulit commodatis*, und dann wäre er für nichts gehalten. Nach meiner Ansicht geht man wohl immer den sichersten Weg, wenn man sich an die Worte des Gesetzes hält, und ohne allen Unterschied den Commodatar für schuldig erklärt, den Schaden zu ersetzen, wenn er im Falle einer vorhandenen Gefahr seine Sachen den fremden vorzog, während er die letztern hätte retten können [29]). Denn das Gesetz macht keinen Unterschied.

28) Lehre vom Schadenserſatze 1. Th. S. 194. f.

29) Eben dieses behaupten VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

SCHIL-

schied. Es ist auch dieses nicht etwa als eine Ausnahme anzusehen, die nur beym Commodatum Statt findet. Nein, die Gesetze sagen ganz allgemein, es streite gegen die bona fides, wenn ein Contrahent mehr Fleiß auf seine eigene Sachen, als auf die fremden, verwendet, und daher in einem Falle, wo er diese gegen Beschädigung sichern konnte, seine eigene Sachen den fremden vorgezogen hat [30]. Denn er sucht hier Vortheil aus der Unterlassung einer Handlung, zu deren Vornahme er rechtlich verbunden war, es wird also angenommen, daß er wissentlich gegen seine Pflicht gehandelt habe [31]. Es kann daher auch nicht auf den Grad des Fleißes ankommen, zu welchem der Contrahent sonst nach der Natur des eingegangenen Geschäfts verpflichtet ist. Solange es nun möglich gewesen wäre, die geliehenen Sachen zu retten, wenn nicht der Commodatar auch das Seinige zu retten gesucht hätte, kann man noch immer sagen; suas res praetulit commodatis, weil ihn die Gesetze zu einer größern Sorgfalt in Ansehung der geliehenen Sachen

SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXV. §. 11—13. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 5. §. 4. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. WERNHER lectiss. commentat. in Pand. h. t. §. 5. in fin. WEHRN c. l. Egid von Löhr Theorie der Culpa 1. Abschn. S. 27. f. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. II. Subs. III. §. 2. pag. 533. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 254. Nr. V. S. 190. der 3. Ausg.

30) *L. 32. D. depositi. Cap. 2. X. eodem* wo es heißt: Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti.

31) Löhr a. a. O. S. 27.

Sachen verpflichten, als er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt [32].

3) *L.* 5. §. 7. *D. h. t.* Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodavero, et de machina ceciderit, periculum meum esse *Iulianus* ait. Sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur. Caeterum si, ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum, minus diligenter non ab ipso ligatae, vel funium, perticarumque vetustate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere.

4) *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit; veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latro-

32) *L.* 3. *D. de periculo et commodo rei vend.* Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est; *ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.*

latronibus et piratis et naufragio diximus, ita ſcilicet accipiemus, ſi in hoc commodata ſit alicui res, ut eam rem peregre ſecum ferat: alioquin ſi cui ideo, argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum ſe diceret, et id peregre ſecum portaverit, ſine illa dubitatione etiam piratarum, et latronum et naufragii caſum praeſtare debet.

5) *L.* 1. *C. h. t.* Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non ſolent. Sed cum is, qui a te commodari ſibi bovem poſtulabat, hoſtilis incurſionis contemplatione periculum amiſſionis, ac fortunam futuri damni in ſe ſuſcepiſſe proponatur: Praeſes provinciae, ſi probaveris, eum indemnitatem tibi promiſiſſe, placitum conventionis implere eum compellet.

Ich habe oben geſagt, daß im Leihcontract eine Sache zu einem beſtimmten Gebrauche gegeben werde. Hieraus folgt,

1) daß der Commodatar die Sache nicht anders gebrauchen dürfe, als es ihm der Contract erlaubt. Ueberſchreitet er hierin die ihm vorgezeichneten Grenzen, so begeht er eine unerlaubte Handlung, welche man furtum uſus [33]) nennt, und die zur Folge hat, daß er nun auch für den Zufall ſtehen muß, welcher die Sache bey dieſem con-

33) Ein ſolches furtum uſus begeht der Commodatar auch ſchon dann, wenn er die Sache einem Andern leihet, um ſich dadurch einen Vortheil zu verſchaffen. *L.* 54. §. 1. *D. de furt.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLVII. Tit. 2. §. 5. und *Aug. Frid.* SCHOTT Diſſ. de furto uſus. *Lipſiae* 1775. §. 12.

contractswidrigen Gebrauch betroffen hat [34]). Justinian sagt §. 6. *I. de obligat, quae ex delicto nascuntur*: Si is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit: veluti, si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. Eben dieses wird auch an einem andern Orte, §. 2. *I. Quib. modis re contrah. oblig.* gesagt, wo es heißt: Sed propter maiorem vim, maioresque casus non tenetur sc. commodatarius, si modo non ipsius culpa is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Es ist jedoch zu bemerken, daß der Commodatar sich nur dann eines furti usus schuldig mache, wenn er wußte, daß er die Sache zu einem Gebrauche anwende, wodurch er die ihm ertheilte Erlaubniß überschreite. Denn glaubte er, daß der Commodant diesen Gebrauch nicht mißbilligen werde, so kann er sich zwar wohl einer Culpa, aber keines Furtums schuldig machen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

§. 7. *I. de obligationibus, quae ex delicto nasc.* Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur,

34) S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Observat. 268. und WERNHER selec. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 14 et 15.

tur, quam utendas acceperint, *ita furtum committere, si se intelligant, id invito domino facere, eumque, si intellexisset non permissurum:* at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione: quia furtum sine affectu furandi non committatur.

L. 76. pr. D. de furt. Qui re sibi commodata, vel apud se doposita, usus est aliter, atque accepit, si existimavit, *se non invito domino id facere*, furti non tenetur; sed nec depositi ullo modo tenebitur. Commodati an teneatur, *in culpa aestimatio erit*, id est, an non debuerit existimare, id dominum permissurum [35]).

Es concurrirt in diesem Falle mit der actione commodati actio furti, oder condictio furtiva [36]).

2) Die

35) Der Sinn dieser letztern Worte geht dahin, die Entscheidung der Frage, ob in diesem Falle die actio commodati Statt finde, hängt davon ab, ob dem Commodatar dabey eine Culpa zur Last fällt, z. B. er hatte keinen hinlänglichen Grund zu glauben, daß der Verleiher den von ihm gemachten Gebrauch nicht mißbilligen werde. Beym Depositum kann dies nicht in Betrachtung kommen, weil hier nur Dolus prästirt wird; allein der Commodatar muß für jede Culpa haften. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. III. Tit. de furtis. Nr. XII. not. e. et f. pag. 400. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLVIII. Th. 5. und BRUNNEMANN in Comment. ad L. 76. pr. D. de furt. pag. 605.

36) *L. 5. §. 8. L. 14. D. h. t. L. 71. pr. D. de furt.* Besonders merkwürdig ist *L. 16. D. de condict. furtiva*, wo Pomponius sagt: Qui furtum admittit vel re commodata (sc. ultra modum commodato praescriptum) vel deposita utendo, *condictione* quoque *ex furtiva causa* obstringitur, quae differt ab *actione commodati* hoc, *quod etiamsi sine dolo malo et culpa eius*

 inter-

2) Die geliehene Sache darf auch nicht zur Unzeit und vor geendigtem Gebrauche zurückgefordert werden. Hierdurch unterscheidet sich das Commodat vom **Prekarium**, worunter man denjenigen Vertrag versteht, wodurch der unbestimmte Gebrauch einer Sache unentgeldlich und bittweise auf Jemanden übertragen wird [37]). Die auf solche Art verwilligte Sache kann daher von dem Empfänger zu jeder Zeit zurückgefordert werden [38]). Mehrere Differenzen geben **Cujaz** [39]), **Hilliger** [40]) und **Müller** [41]) an, wovon an einem andern Orte [42]) ein Mehreres. Man pflegt jedoch beym Commodatum den Fall auszunehmen, wenn der Commodant wegen eines unvermutheten Vorfalls seiner Sache selbst benöthiget ist. Hier, sagt man, sey er befugt, seine Sache auch vor geendigtem Gebrauche zurückzufordern [43]). Allein diese Ausnahme ist in dem römischen Recht

interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur. S. *Greg.* MAJANSII ad XXX. ICtorum fragmenta Commentar. Tom. I. pag. 470.

37) *L. 1. pr. D. de precario.*

38) *L. 2. §. 2. L. 12. pr. D. eodem. Cap. fin. X. eodem.*

39) Observation. Lib. XXIII. c. 21.

40) Ad *Donellum* Lib. XIV. cap. 34.

41) Ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 2. not. *β*.

42) Lib. XLIII. Tit. 26.

43) ZOESIUS Comm. ad Pand. nr. 19. et 20. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. und in Eunom. Rom. pag. 536. ECKOLT compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 8. et MÜLLER ad Eundem not. *α*. LAUTERBACH

Recht nicht gegründet, wie schon Voet [44]), und Johann Wunderlich [45]) hinlänglich gezeigt haben. Das Gegentheil ergiebt sich theils aus der Natur des Contracts; theils aus der ganz entscheidenden *L.* 17. §. 3. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Sicut autem voluntatis et officii magis: quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere, eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, (id est, posquam commodavit) tunc finem praescribere et retro agere, atque *intempestive* usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem: *et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes, actionesque civiles:* ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret; suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset; *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare.* Igitur si pugillares mihi commodasti, *ut debitor mihi caveret,* non recte facies *importune* repetendo: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna

BACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 5. Not. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und unter den neuern WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membro II. Subs. III. §. 1. pag. 532. und Dabelow im Handbuch des heutigen Privatrechts 2. Th. §. 1214.

44) Comment. ad Pand. h. t. §. 9.

45) Commentat. de Pugillaribus. *Ienae* 1756. §. 9—12.

tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris; *adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet.* Ex quibus causis etiam *contrarium iudicium* utile esse dicendum est. Man wendet zwar dagegen ein, daß nach *L.* 3. *C. de locato* der Vermiether die Sache wegen eines unvermutheten Bedürfnisses vor geendigter Miethzeit zurückfordern könne. Allein diese Analogie ist nicht passend, weil der Conductor, wenn er die gemiethete Sache vor Ablauf der Miethzeit zurückgeben muß, einen verhältnißmäßigen Abzug am Miethgelde macht, und dann für sein Geld immer wieder eine andere Miethe erhalten kann. Er leidet also keinen so großen Schaden, als der Commodatar, welcher den Gebrauch der Sache unentgeldlich erhalten hat. Hierzu kommt, daß die gedachte Vorschrift in Ansehung des Miethcontracts schon an sich eine singuläre ist, welche von den allgemeinen Rechtsprincipien abweicht, wie **Weber** [46]) sehr gründlich bemerkt hat. Gesetzt also auch, die Analogie wäre passend, so würde dennoch die Ausdehnung unzuläßig seyn, weil solche besondere Anordnungen des Civilrechts als Ausnahmen von der Regel zu behandeln sind, welche nicht ausdehnend erklärt werden dürfen. Mit Recht haben daher auch unter den neuern Rechtsgelehrten, **Höpfner** [47]) und **Malblanc** [48]) jene gemeine Meinung der ältern verlassen.

§. 856.

46) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90. S. 388. der 4. Aufl.

47) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 772. Not. 1.

48) Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. II. §. 496. pag. 348.

§. 856.

Das Commodat ist ein contractus gratuitus.

Es gehört ferner zu den wesentlichen Bestimmungen des Leihcontracts, daß die Ueberlassung des Gebrauchs unentgeldlich, d. i. ohne einen versprochenen Lohn geschehe[49]. Denn wird dafür Etwas bedungen; so ist das Geschäft kein Commodat, sondern entweder ein Miethcontract, wenn für den Gebrauch der Sache ein Lohn im Gelde versprochen wird, oder ein unbenannter Contract (*contractus innominatus do ut des*) wenn etwas anders dagegen zu geben festgesetzt worden ist. Justinian hebt diese wesentliche Bestimmung des Leihcontracts vorzüglich aus, wenn er §. 2. *I. Quibus modis re contrah. obligat.* sagt: Commodata autem res tunc *proprie* intelligitur, *si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est*: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. *Gratuitum enim debet esse commodatum.* Eben dieses bestärkt Ulpian *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* Si merces intervenit, vel *in factum*, vel *ex locato conducto* agendum erit. Wird Etwas nach geendigtem Gebrauche blos aus Erkenntlichkeit gegeben, dergleichen Belohnung man honorarium[50] zu nennen pflegt; so wird dadurch das Wesen des Contracts nicht geändert, wenn solches auch versprochen worden wäre[51].

49) In HUFELANDS Lehrbuche des Civilrechts I. B. §. 554. ist diese Bestimmung übersehen worden.

50) *L.* 1, *pr. D. Si mensor fals. mod. dix.* Zuweilen auch *honor*, wie *L.* 6. *pr. D. mandati*, und bey SENECA Lib. I. Controv. 8.

51) S. *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de honorario eiusque

§. 857.

Gegenstand des Commodats. Verbindlichkeiten des Commodatars.

Der Gegenstand dieses Contracts können alle Sachen seyn, welche zu einem solchen Gebrauche geliehen werden, wobey sie nach Beendigung desselben in Natur restituirt werden können; sie mögen bewegliche oder unbewegliche seyn. z. B. ich leihe Jemandem den Boden meines Hauses, um seine Wäsche darauf zu trocknen. Selbst unkörperliche Sachen sind nicht ausgeschlossen, z. B. Ausübung einer Servitut. Die alten römischen Rechtsgelehrten waren zwar hierüber, wie Ulpian *L. 1. §. 1. D. h. t.* erzählt, verschiedener Meinung. Labeo glaubte, daß nur bewegliche Sachen ein Gegenstand des Leihcontracts seyn könnten. Cassius hingegen lehrte, daß auch bey unbeweglichen Sachen ein Commodat statt finde. Die letztere Meinung erhielt jedoch mit Recht den Vorzug [52]). Vivian ging sogar soweit, daß er behauptete, auch die Habitation, welche doch als Servitut eine unkörperliche Sache ist, könne einem Andern als ein Commodat überlassen werden. Ulpian verwirft zwar diese Meinung nicht, glaubt aber doch, es sey hier sicherer, statt der actio commodati, sich der *actio praescriptis verbis* zu bedienen. Es sind hier folgende zwey Stellen Ulpians merkwürdig, welche beyde aus desselben

que a mercede discrimine. *Chilonii* 1775. §. 8. Der Commodatar wird auch dadurch nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den von ihm zugefügten Schaden zu ersetzen. S. *Christ. Heur.* BREUNING Quaest. iur. controv. An honorarii datio in contractibus gratiosis liberet a damno dato restituendo? *Lipsiae* 1772. §. 3. et 4.

52) Ein Beyspiel von einem commodato aedium kömmt bey JUVENAL *Satyr. VII. v.* 40. vor.

selben *Lib.* 28. *ad Edictum* genommen, und daher mit einander zu verbinden sind.

1) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt: Inter *commodatum* autem, et *utendum datum* LABEO quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus et speciem: *commodari enim rem mobilem, non etiam soli*: utendam dari etiam rem soli. *Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est*; idque et CASSIUS existimat: VIVIANUS amplius etiam *habitationem* commodari posse ait.

2) *L.* 17. *pr. D. de praescript. verbis.* Si gratuitam tibi habitationem dedero, an *commodati* agere possim? et VIVIANUS ait, posse. *Sed est tutius, praescriptis verbis agere.*

Ueber den eigentlichen Sinn dieser letztern Stelle sind jedoch die Ausleger nicht einverstanden. Voet [53]) meint, es sey hier nicht von einem commodato iam constitutae habitationis, sondern von einer habitatione per commodatum constituenda die Frage, weil Ulpian an einem andern Orte [54]) lehre, daß man die Habitation, die man selbst nur als eine Servitut ausübt, keinem Andern schenkungsweise überlassen, sondern nur verpachten könne. Das hingegen könne eine Servitut so gut durch ein Commodat, wie durch ein Legat, constituirt werden. Bey der Habitation habe dieses vollends keinen Zweifel, da Papinian und Scävola dieses ausdrücklich bestätigten, wie aus folgenden Stellen erhelle.

53) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. und Lib. VII. Tit. 8. §. 6.

54) *L.* 10. *pr. D. de usu et habitat.*

L. 27. D. de donat. Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum Rhetorem ita scripsit: *Quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia, et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti.* Defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus: et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse: quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum Interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit.

L. 32. D. eodem. Lucius Titius epistolam talem misit: *Ille illi salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito: idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio.* Quaero an heredes eius habitationem prohibere possunt? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem.

Er fügt auch noch den Grund hinzu, daß nach der Meinung des **Pomponius** *L. 3. et L. 15. §. 2. D. precario* sogar Prädial-Servituten durch ein Prekarium constituirt werden könnten. Warum also nicht auch durch ein Commodatum? da **Ulpian** *L. 1. §. 3. D. eodem* selbst sage, das Prekarium habe eine Aehnlichkeit mit dem Commodatum. Ganz mit **Voet** stimmt auch **Justus Meier** [55]) überein. **Franz Duaren** [56]) hingegen versteht die Stelle **Ulpians** richti-

ger

55) Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 6.

56) Commentar. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 952.

ger so, daß derjenige, welcher die Habitation, d. i. das ius habitandi in aliqua domo, als eine Servitut hat, auch einem Andern erlauben könne, auf eine bestimmte Zeit in diesem Hause zu wohnen, dieß heiße hier commodare habitationem. **Anton Faber** [57]) ist gleicher Meinung. Er wendet insonderheit gegen jene erstere Erklärung ein, daß die Bestellung einer Servitut durch ein Commodat ganz der Natur dieses Contracts widerstreite, indem vermöge derselben die geliehene Sache nach geendigtem Gebrauche in Natur restituirt werden müsse, welches bey der Bestellung einer Servitut nicht möglich sey, weil sie vor der Bestellung nicht existirte, und nach Endigung der Concession wieder erlische. Ein Prekarium lasse sich hier eher gedenken, denn dieses erfordere weiter nichts, als das Bitten oder Nachsuchen von Seiten des Empfängers, und die Ausübung einer Freygebigkeit von Seiten des Verwilligenden, die so lange dauert, bis es demselben solche zu wiederrufen beliebt. Quid vero interest, sagt dieser Jurist, quantum ad liberalitatem exercendam pertinet, an concedam tibi, uti ea re, quae iam antea fuerit mea, an eo iure, quod nec meum adhuc fuerit nec tuum? et quod revocata liberalitate nec tuum, nec meum futurum sit. Sufficit vero ad constituendum precarium, ut utilitatem aliquam et commodum adferre possit accipienti, sive usus, sive possessionis alicuius: nec aliud quidquam exigitur, in quo manifeste differt a commodato. **Johann Jacob Wissenbach** [58]), nimmt zwar dennoch die erste Meinung wieder in Schutz, und sucht das Argument

57) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVII. Err. 7.

58) Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XXVII. Th. 9.

ment des Jabers dadurch zu entkräften, daß er beym commodato servitutum eine fingirte Restitution annimmt, so wie bey unkörperlichen Sachen eine Quasi-Tradition Statt findet. Er sagt nämlich: Si finito tempore commodati alter contra bonam fidem uti pergat, agendum erit, ut desinat uti, quod dum facit, et ex causa forte desuper cavet, censetur restituere. Allein wie wenig sich die Idee von einer restitutio ficta mit der Natur des Leihcontracts vertrage, leuchtet in die Augen. Bachov [59]) und Hotomann [60]) nehmen keine von beyden Erklärungen an, sondern läugnen geradezu, daß Ulpian von dem Commodat einer unkörperlichen Sache rede. Nach ihrer Erklärung soll das Wort *habitatio* hier kein Recht andeuten, sondern darunter ein Haus zu verstehen seyn. Allein nach dieser Ansicht wäre ja das Commodat der Habitation von einem commodato rei immobilis nicht unterschieden. Von unbeweglichen Sachen war aber schon vorher die Rede. Die Worte: *amplius etiam habitationem commodari posse*, beweisen vielmehr, wie auch schon Anton Schulting [61]) ganz richtig erinnert hat, daß Ulpian von einem Gegenstande handeln wollte, der noch mehrerem Zweifel, als das Commodat unbeweglicher Sachen, unterworfen war. Hieronymus von Oroz [62]) glaubt endlich, Ulpian habe Bedenken getragen, die Meinung des Vivianus zu unterschreiben. Er läugnet daher, daß unkörperliche

59) Not. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIV. Th. I. Lit, D.

60) Observation. lib. III. cap. 23. pag. 63. (*Basiliae* 1574. 8.)

61) Thes. controversar. Decad. XLVIII. Th. 1.

62) De apicibus iuris civ. (*Lugd.* 1661. f.) Lib. III. cap. 7. nr. 8. pag. 227.

liche Sachen ein Gegenstand des Leihcontracts seyn könnten. Die unentgeldliche Einräumung der Habitation sey zwar eine Donation, aber kein Commodatum. Dieß lehre auch **Pomponius** *L.* 9. *pr. D. de donat.* wo er sagt: In aedibus alienis habitare gratis, *donatio* videtur: id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. Allein auch diese Meinung entspricht dem Geist des Gesetzes nicht. Der Ausdruck *tutius est*, zeigt zwar allerdings an, daß unter den römischen Rechtsgelehrten darüber Zweifel entstanden sey. Allein daß **Ulpian** die Meinung des **Vivianus** schlechterdings verworfen habe, folgt daraus nicht. Es sagt vielmehr **Wissenbach**[63]) sehr gründlich: Hoc in more fuit positum priscis ICtis, ut ubi aliqua vel levis dubitatio esset, an competeret actio ordinaria, simul proponerent *actionem praescriptis verbis*. Itaque fateor hoc, quod solum probat *d. L.* 17. dubitasse quosdam, an commodatum esset etiam rerum incorporalium: atquin fuisse etiam, qui hoc affirmarent, apertissimum est ex *d. L.* 1. §. 1. *in fin. D. Commodati.* Et *Ulpianus* in *d. L.* 17. ita proponit *actionem praescriptis verbis*, ut non neget actionem commodati. Qui enim dicit, *tutius esse praescriptis verbis agi*, utique *commodati agi posse* fatetur et concedit[64]). Unter allen Erklärungen über die *L.* 17.

63) Cit. loc.

64) In den Basilicis Tom. II. Lib. XX. Tit. 4. Const. 17. pr. pag. 566. wird die actio commodati ausdrücklich erwähnt. Es heißt nämlich daselbst: Ἐὰν παράσχω σοι δῶρον οἴκησιν, ἔχω τὴν ἐπὶ τοῖς κεχρημένοις ἀγωγήν; ἀσφαλέστερον δὲ τὴν περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ἀγωγὴν κινεῖν. i. e *Si gratuitam*

L. 17. bleibt also wohl die des **Duarens**, welcher auch **Faber** beystimmt, die richtigste. Es steht auch derselben die von **Voet** angeführte *L.* 10. *pr. D. de usu et habitat.* nicht entgegen. Denn **Anton Faber** [65]) hat ganz richtig darauf geantwortet, daß zwischen einem Commodat, von welchem hier die Rede ist, und einer Schenkung, von welcher die *L.* 10. *cit.* redet, ein Unterschied sey, welcher darin besteht, quod commodatum, wie seine Worte lauten, semper certo usu certoque tempore concluditur, non etiam donatio: quamvis extra hanc differentiam proxime accedat commodatum ad donationem, quia uterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiscitur, cum gratuitum, ut diximus, commodatum esse debeat. Die übrigen Gesetze reden aber nicht einmal von der Servitut der Habitation, sondern von einer blossen Erlaubniß in einem fremden Hause unentgeldlich zu wohnen, welche man einem Andern schenkungsweise ertheilt; und die Frage war hauptsächlich die, ob eine solche Concession nach der Lex Cincia bestehen könne, wodurch ehemals bey Schenkungen ein gewisser modus war festgesetzt worden, wie **Cujaz** [66]), **Connanus** [67]), **Baldum** [68]),

Gi-

tuitam tibi habitationem dedero, commodati actionem habeo. Sed est tutius, praescriptis verbis agere.

65) Rational. in Pand. ad L. 1. §. 1. D. h. t. not. *d.*

66) Lib. XVII. Observation. cap. 33. und Lib. XXI. cap. 37.

67) Commentar. iur. civ. Lib. V. cap. 9. nr. 6.

68) Disputat. duae de iure civ. ex Papiniano. Disputat. I. ad L. 5. D. de Transact. pag. 326. (edit. *Gundling. Halae* 1730. 8.)

Giphan [69]), Schulting [70] und Brummer [71]) gezeigt haben.

Auch fremde Sachen können als ein Commodat gegeben werden, so daß der Vertrag unter den Contrahenten gültig ist, wenn auch beyde Theile darum wissen [72]). Paulus sagt ausdrücklich *L.* 15. *D. Commod.* Commodare possumus etiam *alienam rem*, quam possidemus: *tametsi scientes alienam possidemus*. Sogar einem Diebe, der einem andern die gestohlne Sache geliehen hat, steht die actio commodati zu, und es kann ihm die Zurückgabe aus dem Grunde, weil der Commodant nicht der rechtmäßige Eigenthümer sey, nicht verweigert werden, wie Marcellus *L.* 16. *D. h. t.* lehrt, wo er sagt: Ita ut, etsi *fur* vel *praedo* commodaverit, habeat *commodati actionem*. Der Dieb kann zwar freylich aus seiner unerlaubten Handlung keine Klage erlangen [73]). Allein er klagt auch hier nicht als Dieb, sondern als Commodant. Man unterscheide also die Handlung des Diebstahls von dem Commodat. Letzteres ist erlaubt, und giebt auch dem Diebe eine Klage, mit welcher er um so mehr auf Restitution der Sache dringen kann, weil er dem Eigenthümer dafür haf-

69) Lecturae Altorphin. ad L. 9. L. 27. et 32. D. de donationib.

70) Thes. controvers. Decad. XLVIII. Th. 2.

71) Commentar. ad Legem Cinciam Cap. XII. in *Opuscul.* a *Ge.* BEYERO edit. *Lipsiae 1716.* 8. pag. 188.

72) Quia ex contractu persona obligatur, non res; sagt *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Man sehe auch LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 7. und VOET in Comm. h. t. §. 1.

73) *L.* 12. §. 1. *D. de furtis.*

tet [74]). Sollten sich jedoch der Eigenthümer und Dieb zugleich melden, so kommt es darauf an, ob das Eigenthumsrecht des erstern, und der Dolus des letztern sogleich klar ist, oder noch auf einer weitern Erörterung beruhet. In jenem Falle geht nach der Billigkeit des Civilrechts der Eigenthümer dem Verleiher vor [75]). In diesem Falle hingegen muß die Sache dem Commodanten restituirt werden, und dem angeblichen Eigenthümer bleibt vorbehalten, seine Ansprüche gegen jenen auszuführen [76]). Denn eine liquide Forderung darf durch eine illiquide Intervention eines Dritten nicht aufgehalten werden, wofern nur diesem kein unersetzlicher Schade aus der Execution entsteht [77]).

Daß auch fungible Sachen verliehen werden können, insofern es möglich ist, solche ohne Verzehrung oder Veräusserung zu dem verabredeten Gebrauche zu benutzen, z. B. Geld bloß zur Eitelkeit und Prahlerey, ist schon oben bemerkt worden. Ausser diesem Falle findet freylich bey fungiblen Sachen, als solchen, die durch den Gebrauch, wozu sie vernünftiger Weise bestimmt sind, aufgezehrt werden, oder von denen ein Gebrauch ohne Veräusserung nicht möglich ist, kein Commodat Statt [78]). Hierher sind aber keineswegs

74) CUJACIUS ad *Pauli* lib. XXIX. ad Edictum ad L. 15. D. h. t. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XLVIII. Tit. 4.

75) *Arg. L.* 31. §. 1. *D. Depositi.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

76) *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 9.

77) S. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad COCCEJI ius. civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 2. not. x. pag. 236. und dieses Commentars 6. Th. §. 531. S. 479.

78) *L.* 3. §. 6. *D. h. t.*

weges Kleider zu rechnen, denn daß dieselben ein Gegenstand dieses Contracts seyn können, leidet keinen Zweifel [79]). Endlich ist noch zu bemerken, daß auch kirchliche Sachen verlehnt werden können. Sind sie jedoch zum gottesdienstlichen Gebrauche bestimmt, so können sie nicht anders, als zu gleichem Gebrauche, einer andern Kirche verliehen werden [80]).

Die Verbindlichkeiten des Commodatars bestehen darin.

1) Er ist verpflichtet, nach geendigtem Gebrauche, die entlehnte Sache redlicher Weise zu restituiren, und darf sich der Rückgabe derselben unter keinem Vorwande weigern. Die Restitution muß aber

a) in Natur geschehen [81]), wenn gleich die Sache geschätzt worden ist, wofern nicht etwa eine Schätzung des Verkaufs wegen geschehen wäre [82]). Hier kann und muß der Werth der Sache ersetzt werden [83]). Jedoch wird eine solche Schätzung bey Contracten, wodurch das Eigenthum nicht übertragen wird, im Zweifel nicht vermuthet [84]).

b) Die

79) *L.* 5. §. 8. *D. h. t.* ZIEGLER Diss. de commodato. Th. 66. et 67.

80) *Paul. Ios.* a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 332. *Maur.* SCHENKL Institut. iur. eccles. P. II. §. 724. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 144. und *Phil.* HEDDERICH Elem. iuris canon. P. III. §. 79.

81) *L.* 2. *pr. D. de reb. credit.*

82) ZIEGLER cit. Diss. Th. 81—85.

83) *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 5. §. 3. D. h. t.

84) REINHARD Comm. de commodato §. 17. und STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

b) Die Sache muß **unverdorben** wieder zurückgegeben werden. Ulpian sagt *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, *non videbitur reddita, nisi, quod interest, praestetur.* Proprie enim dicitur *res non reddita*, quae deterior redditur. Ist die Sache durch die Schuld des Commodatars beschädiget worden, so ist er dafür verantwortlich [85]): und zwar kommt es darauf an, ob die Sache so verdorben ist, daß sie nun für den Commodanten keinen Werth mehr hat, oder ob sie doch noch von ihm gebraucht werden kann. Im ersten Falle muß der Commodatar den Werth der ganzen Sache ersetzen, und der Commodant braucht es sich nicht gefallen zu lassen, wenn ihm der Commodatar die verdorbene Sache, oder auch eine andere Sache von gleicher Art dafür geben wollte [86]). In dem letzteren Falle hingegen handelt der Commodatar seiner Pflicht nicht zuwider, wenn er die Sache in Natur zurückgiebt, und überdem den daran zugefügten Schaden in Gelde ersetzt [87]). Auf keinen Fall kann jedoch aus der Zurücknahme der beschädigten Sache, wenn auch gleich der Commodant wußte, daß sie deteriorirt sey, vermuthet oder gefolgert werden, daß der Commodant auf die Schadloshaltung habe Verzicht leisten wollen [88]).

c) Die

85) *L.* 10. *pr. L. ult. D. h. t.*

86) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

87) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIV. Th. 2. Lit. F. BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 6. SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVIII. Th. 9. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. und ZIEGLER Diss. de commodato Th. 129—131.

88) Anderer Meinung ist zwar VOET in Comm. h. t. §. 7. Allein man sehe *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

c) Die Sache muß mit allen, dem Commodatar nicht gebührenden Accessionen und Früchten restituirt werden; z. B. das Mutterpferd mit dem Füllen, es sey entweder schon vor dem Commodat, oder erst während demselben geboren worden [89]). In Ansehung der Früchte kommt es darauf an, ob sich nach der Intention der Contrahenten ohne den Fruchtgenuß sonst kein Gebrauch von der geliehenen Sache machen ließ, oder der verstattete Gebrauch ohne jenen möglich, und von demselben ganz abgesondert war. In jenem Falle genießt der Commodatar während des Contracts die Früchte, jedoch muß er die Sache in dem statu fructifero zurückgeben, in welchem er sie empfieng [90]). Im letztern Falle hingegen muß der Commodatar die Früchte dem Commodanten restituiren [91]). Hieraus läßt sich nun erklären, wenn Paulus *L.* 38. §. 10. *D. de Usuris* sagt: Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus *de fructibus*. Et quidem in deposito et *commodato fructus quoque praestandi sunt.* Auch der Gewinn, den der Commodatar aus der Sache gezogen hat, ohne daß ihm die Sache zu dem Zweck war geliehen worden, muß dem Commodanten herausgegeben werden. Z. B. der Miethzins, wenn etwa der Commodatar die Sache vermiethet

89) *L.* 5. §. 9. *D. h. t. L.* 14. §. 15. *D. de furtis. Hugo* DONELLUS in Comm. ad Tit. Cod. de Commodato nr. 19.

90) S. *Io.* IENSII Stricturas ad Romani iuris Pandectas et Codicem ad L. 38. §. 10. D. de Usur. pag. 165. sq. (*Lugd. Batav.* 1764. und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 777. Not. 1.

91) DONELLUS c. l. nr. 19. pag. 128. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 7. not. γ. FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 32.

thet hätte. **Pomponius** bestätigt dieses *L.* 13. §. 1. *h. t.* durch folgendes Beyspiel: Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum praestabit ei, qui experiundum dedit, neque enim ante eam rem quaestui *cuiquam* esse oportet, priusquam periculo eius sit [92]). Der Fall, den hier **Pomponius** entscheidet, ist, wie **Gerhard Noodt** [93]) ihn darstellt, folgender. Der Verkäufer leihet demjenigen, welcher ihm Zugvieh abkaufen wollte, dasselbe noch vor abgeschlossenem Kaufe zur reiflichern Ueberlegung auf die Probe. Dieser vermiethet aber das Vieh an Andere. Es fragt sich also, wem der Miethzinß gebühre? **Pomponius** entscheidet ganz richtig für denjenigen, der das Vieh auf die Probe gegeben hatte. Der Empfänger kann darauf keinen Anspruch machen, weil der Kauf noch nicht abgeschlossen war. Denn es kann eher von keinem Gewinn des Käufers die Rede seyn, als bis auch die Gefahr der Sache auf ihn übergegangen ist. An sich ist dieß zwar außer Zweifel. Nur wegen der anzustellenden Klage meinte **Labeo** [94]) in einem ähnlichen Falle, daß auch die *actio praescriptis verbis* Statt finde, obwohl nach der Beschaffenheit des Titels, in welchem das Fragment des **Pomponius** erscheint, nicht zu bezweifeln ist, daß die *actio commodati* zuständig sey. Streitiger hingegen war die Frage, wenn dem Commodatar die geliehene Sache war gestohlen wor-

92) Ich bin hier der richtigeren Leseart des **Baudoza** und **Haloanders** gefolgt, welche auch *Io.* IENSIUS in Strictur. ad iuris Rom. Pand. et Cod. ad h. L. pag. 106. sq. der florentinischen vorziehet, in welcher nach praestabit das Wort *ei* fehlt, und nach quaestui statt cuiquam *cuique* gelesen wird.

93) De foenore et usuris Lib. I. cap. 8. *Operum* Tom. I. p. 191.

94) *L.* 20. *D. de praescript. verbis.*

worden, und dieser mittelst der actio furti, mit welcher er dem Eigenthümer zuvorgekommen war, die Geldstrafe von dem Diebe erhalten hatte, ob er auch diese dem Commodanten herauszugeben schuldig sey? Die alten röm. Rechtsgelehrten waren hierüber verschiedener Meinung, und selbst **Papinian** war hierin mit sich selbst nicht einig. Erst **Justinian** entschied diese Streitfrage dahin, daß im bemerkten Falle der Gewinn der Strafe nicht dem Eigenthümer gebühre, sondern dem Commodatar, weil er für die Gefahr der Sache stehen mußte, und solche dem Eigenthümer hätte ersetzen müssen, wenn auch der Dieb nicht wäre entdeckt worden. Es heißt nämlich in der *L. ult.* §. 3. *Cod. de furtis.* Sed cum in secundam dubitationem incidebant, quid statuendum sit, si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerit, et lite pulsatus condemnationem passus fuerit, non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti: et postea dominus rei venerit, omnem condemnationem accipere desiderans, utpote ex suae rei occasione ortam: alia dubitatio incidit Veteribus, utrumne rem tantum suam, vel eius aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem? Et licet ab antiquis variatum est, et ab ipso *Papiniano* in contrarias declinante sententias; tamen nobis hoc decidentibus, *Papinianus,* licet variaverit [95]), eligendus est, non in prima, sed in secun-

95) In den Pandecten findet man über diese verschiedenen Meinungen des **Papinians** keine deutlichen Stellen. *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustin. Nr. XIII. ad §. 3. L. ult. C. de furt. *Oper.* P. II. pag. 36. glaubt indessen in den Pandecten Spuren dieser Papinianischen Variation hin und wieder entdeckt zu haben. Man sehe auch *Fr.* BALDUINI Iustinianus Lib. II. pag. 141. sqq. (edit. 1596. 8.)

da eius definitione, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur: ne sit damno tantum deditus, qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare.

d) Die Zurückgabe darf auch unter keinerley Vorwand aufgehalten werden. Z. B. nicht unter dem Vorwand einer Schuld, welche mit dem Commodat in keiner Verbindung steht. *L. ult. C. h. t.* sagt: Praetextu debiti restitutio commodati [96]) non probabiliter recusatur. Wegen connexer Forderungen hingegen kann der Commodatar die Sache allerdings retiniren; z. B. der Commodatar hat Kosten auf die entlehnte Sache verwendet, welche ihm vergütet werden müssen. Daher sagt **Paulus** *L.* 15. §. 2. *D. de furt.* Si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, *retentionem eius habueris*: etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem: *quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.* Eben dieses bestärkt auch **Julian** *L.* 59. *D. eodem.* Diese Verordnungen sind nicht durch jene *L. ult.* C. *h. t.* aufgehoben worden. Denn dieses Gesetz ist blos ein Rescript der Kaiser **Diocletian** und **Maximian**. In solchen Rescripten pflegten aber die römischen Kaiser kein älteres Recht abzuändern, sondern nach dem gemeinen Recht zu sprechen und zu entscheiden. Die *L. ult. C. h. t.* kann daher nur von einem debito non connexo verstanden werden, weil es ein bekannter Grundsatz

96) Die Critik des Cujaz, welcher Lib. IX. Observat. cap. 37. statt commodati vielmehr *commendati* lesen, und das Gesetz blos vom deposito erklären will, hat schon längst *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 4. in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* Tom. II. pag. 62. widerlegt.

satz ist, daß wegen connexer Forderungen das Retentionsrecht ausgeübt werden kann [97]. Der Commodatar kann auch dem Verleiher in der Regel die Einrede der Compensation nicht entgegensetzen [98]. Es tritt hier der Grund ein, daß eine Species mit einem Genus nicht compensirt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn der Verleiher mit der actio commodati directa nicht die Sache selbst, sondern ihren Werth verfolgt. Dies geschieht z. B. wenn die Sache durch die Schuld des Commodatars zu Grunde gegangen ist, oder wenn sie venditionis causa war geschätzt worden. Denn da hier der Commodatar nicht eine individuelle Sache, sondern eine Quantität schuldig ist, so steht der Compensation nichts im Wege, wenn der Commodant seiner Seits auch eine Quantität schuldig ist [99]. Endlich kann sich auch der Commo-

 datar

97) Anderer Meinung sind zwar *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1877. Allein man sehe *Arn.* VINNII Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 51. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVIII. Th. 10. *Hug.* DONELLI Comment. ad L. ult. Cod. h. t. nr. 6. *Ev.* OTTONIS Comm. ad §. 30. I. de action. nr. 5. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de iure retentionis eiusque effectu. §. 13. (in EIUS *Elect. iur. civ.* Tom. II. Exerc. XIII pag. 636.) THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 38. S. 162. der 2. Aufl. und *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1020.

98) *Car. Frid.* WALCHII Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. II. Subsect. III. §. 6. *Frid. Wilh.* TRENDELENBURG Commentat. de compensatione commodati. *Goettingae* 1850. und IESTER Diss. de compensatione circa rem commodatam instituenda. *Regiom.* 1752.

99) *L.* 18. §. *ult. D. h. t.* Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur-

datar der Einrede des Eigenthums, daß ihm nämlich die Sache, welche der Verleiher vermöge des Contracts zurückfordert, eigen gehöre, nicht mit dem Erfolge bedienen, daß diese Einrede erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde [100]). Denn ist der Contract an sich erwiesen, oder von dem Commodatar zugestanden, so besitzt derselbe die Sache vermöge des Contracts unstreitig auf fremden Namen, und muß also auch die Folgen dieses Besitzes nach dem Contract gegen sich gelten lassen. Wollte man das Gegentheil behaupten, so könnte der Contract leicht zur Begünstigung unlauterer Absichten gemißbraucht werden. Derjenige, welcher eine Sache in Anspruch zu nehmen willens ist, dürfte sie nur von dem bisherigen Inhaber derselben leihen, und sich dann, wenn sie zurückgefordert wird, für den Eigenthümer ausgeben. Könn-

tur, potest salvum habere iure pensationis. In Beziehung auf dieses Gesetz behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten, daß die Compensation nur wegen der Unkosten, die der Commodatar hatte, Statt finde, als *Guil.* FORNERIUS Select. Lib. II. cap. 14. *Iul.* PACHUS Εναντιοφαν. Cent. IV. Qu. 44. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pand. h. t. §. 30. Allein nach §. 30. *I. de act.* und *L. fin. pr. et §. 1. Cod. de compensat.* ist vielmehr anzunehmen, daß es gleichviel sey, ob die Quantität, welche der Verleiher dem Commodatar schuldig ist, aus dem Commodat herrühre, oder ob sie ein anderes Fundament habe. S. DONELLI Comm. ad §. 30. I. de action. n. 10. VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. ZOESII Commentar. ad Pand. h. t. nr. 22. et 23. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. III. Qu. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 18. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIX. Th. 12.

100) S. Meyers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 85. ff.

Könnte sich nun der Beklagte mit der Einrede des Eigenthums zu dem Zweck schützen, daß bis nach geschehener Erörterung derselben die Zurückgabe der Sache ausgesetzt bleibe, so würde derselbe nach Gefallen den bisherigen Inhaber um die Vortheile des Besitzes im Laufe des Processes zu bringen wissen. Ein Anders wäre freylich, wenn die vorgeschützte Einrede des Eigenthums von dem Commodatar sogleich klar erwiesen werden könnte. Hier kann der Beklagte die Zurückgabe der Sache mittelst dieser Einrede mit Recht verweigern. Leyser [1]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt nämlich, daß der Commodatar mit der Einrede des ihm zustehenden Eigenthums nicht zu hören sey, wenn er auch sein Recht in continenti zu beweisen bereit wäre. Sein Grund ist, weil sich der Commodatar durch Verweigerung der Zurückgabe eines Spoliums schuldig mache [2]). Es trete also hier die bekannte Rechtsregel ein, spoliatus ante omnia est restituendus. Allein dieser Meinung stehen folgende Gründe entgegen. Ist die Einrede des Eigenthums auf der Stelle klar, so war nach *L. 45. D. de div. reg. iuris* das Commodatum ungültig. Es würde also eine offenbare Chikane seyn, welche die Gesetze dem Dolus gleichachten, wenn der Commodant, des Gegenseits klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache bestehen wollte, die er

G 4 doch

1) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIII. medit. 2.

2) *L. 20. D. de acquir. vel amitt. poss.* Allein in diesem Gesetz ist davon die Rede, ob der Commodant dadurch, daß sich der Commodatar die Sache anmaßt, den Besitz verliere? Ein solcher Verlust kann auch durch unrechtmäßige Handlungen Anderer, besonders auch der natürlichen Inhaber der Sache, bewirkt werden. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Commodatar als Civilbesitzer auftreten, und seine eigenmächtige Anmaßung als rechtlichen Erwerb des Besitzes geltend machen könne.

doch sofort dem Commodatar wieder restituiren müßte. Doso facit, qui petit, quod redditurus est, sagt Paulus *L. 8. pr. D. de doli mali et metus except.* womit auch Pabst Bonifacius *VIII cap. 59. de reg. iur. in 6to.* übereinstimmt. Wie kann sich also hier der Commodatar eines Spoliums schuldig machen, wenn er die Zurückgabe der Sache verweigert, wovon ihn die Gesetze selbst freysprechen?

2) Der Commodatar ist verpflichtet, nicht nur beym Gebrauche der geliehenen Sache, in Ansehung seiner dabey vorzunehmenden Handlungen, alle Verschuldungen möglichst zu vermeiden, sondern auch auf die Erhaltung der Sache selbst sowohl, die den Gegenstand des Contracts ausmacht, als auch desjenigen, was zu dieser Sache gehört, die größte Sorgfalt anzuwenden, so daß er auch beym Retten, im Fall einer vorhandenen Gefahr, seine eigenen Sachen nicht vorziehen darf. Er haftet daher nicht nur für dolus und culpa, sondern auch für diligentia und custodia, d. i. für jedes, auch das geringste Versehen, wodurch die Sache beschädiget, oder verlohren, oder zu Grunde gegangen ist; nur nicht für den Schaden darf er stehen, der durch einen bloßen Zufall verursacht worden ist, sonst aber auch für jedes furtum [3]). §. 2. *I. Quib. mod. re contr. oblig.* At is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur:* nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior po-

3) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa. Abschn. 3. und 4. SCHOEMANS Lehre vom Schadenersatze. 1. Th. S. 191. sq. und HUFELANDS Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 555.

poterat eam rem custodire. Sed propter maiorem vim maioresue casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit. *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur: et ideo verior est *Q. Mutii* sententia, existimantis, et *culpam* praestandam et *diligentiam.* §. 4. *eiusd. L.* (S. oben S. 438. ff.) §. 5. *eiusd. L. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem* debet praestare. §. 9. *h. L.* Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, *ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat:* utputa, equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam praestare debere, Veretes responderunt. §. 15. *d. L.* Si duobus vehiculum commodatum sit — pro parte quidem effectu me usum habere, — sed esse verius, et *dolum* et *culpam* et *diligentiam* et *custodiam* in totum me praestare debere. *L.* 18. *pr. D. h. t.* (oben S. 442.) *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action.* Is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, (veluti incendio, ruina, naufragio) rem, quam accepit, amiserit, securus est; alias tamen *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur:* nec sufficit ei, eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. *L.* 14. §. 15. *D. de furt.* Non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, furti actio: sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est: quia et huius custodia ad eum pertinet. Nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages: quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. Item si jumenta tibi commodavero, quorum sequela erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus. *L.* 14. §. 19. *D. eodem.* An pater, cuius filio commodata res est, *furti actionem* habeat, quaeritur? Et IULIANUS ait, patrem hoc nomine agere non posse, *quia custodiam praestare non debeat.* Sicut

(in

(inquit) is, qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. *Neque enim, inquit, is, cuiuscunque interest, rem non perire, habet furti actionem: sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit*, §. 16. *eiusd. L.* Et puto omnibus, *quorum periculo res alienae sunt*, veluti *commodatae*, — si hae subreptae sunt, *furti actionem* competere. Es wird jedoch hier überall der Fall vorausgesetzt, daß der Commodatar allen Vortheil allein zieht. Aendert sich dieses Verhältniß, so treten Ausnahmen ein. Der Commodatar ist daher a) nur wegen der culpa lata verantwortlich, wenn der Contract blos den Vortheil des Leihers bezweckt. *L.* 5. §. 10. *D. h. t.* Interdum plane *dolum solum* in re commodata, qui rogavit, praestabit: utputa si quis ita convenit; vel *si sua duntaxat causa commodavit*, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur. Hingegen prästirt er b) culpam levem, aber doch auch custodiam, wie im Pfandcontract, wenn das Commodat zum Vortheil beyder Contrahenten gereicht. *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. — Haec ita, si dumtaxat *accipientis gratia* commodata sit res. At si *utriusque* veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit: *ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis* [4]).

3) Auch muß der Commodatar die Kosten tragen, ohne welche die Sache nicht gebraucht werden kann, z. B. die Kosten, welche die Unterhaltung der Sache nothwendig erforderte, als Fütterungskosten für das geliehene Pferd, ohne Rücksicht, sie seyen groß oder klein. Außerordentliche Kosten hingegen, wel-

4) Man vergleiche hiermit *L.* 13. §. 1. *et L.* 14. *D. de pignerat. act. L.* 19. *Cod. de pignor. L.* 10. §. 1. *D. h. t.* GERNOODT Comm. ad Dig. h. t. Tit. II. pag. 320. und GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretales Tom. III. ad cap. un. X. de commodato nr. 9. pag. 244.

welche die Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache erforderte, z. B. Kurkosten, trägt der Commodatar, sofern ihm keine Schuld dabey zur Last fällt, nur insoweit, als sie mäßig sind, d. i. wenn dieser Aufwand den gehabten Nutzen nicht übersteigt. Cajus sagt *L.* 18. §. 2. *D. h. t. Cibariorum impensae, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset.* Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: *modica enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.*

§. 88.

In wiefern steht der Commodatar auch für diejenigen, durch welche er die Sache an den Verleiher zurückschickt? Wie haften mehrere Commodatare? wie mehrere Erben?

Es kommen hier noch folgende Fragen zu erörtern vor.

I. Wenn die geliehene Sache durch die Schuld eines Dritten verlohren gegangen ist, durch welchen sie der Commodatar an den Verleiher zurückschickte, in wiefern haftet hier der Commodatar für den Schaden? Man hat bey dieser Frage folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Der Verleiher hatte selbst dem Commodatar die Person angewiesen, durch welche ihm die Sache zurückgeschickt werden sollte. Z. B. Er schickte ihm in der Absicht seinen Bedienten zu. Hier stehet der Commodatar für nichts [5]); es wäre denn, daß ihm selbst eine Unvorsichtigkeit dabey zur Last gelegt werden könnte, die ihm verantwortlich machte; z. B. wenn er gewußt hätte, daß dieser Bediente ein untreuer Mensch sey, dieses aber, dem Verleiher, seinem Herrn, unbekannt gewesen wäre [6]). 2) Der Commodatar hatte ohne Auftrag des Verleihers die Person gewählt, durch die er die Sache an den Commodatar zurückschickte. Hier geschieht die Restitution auf des Commodatars Gefahr, er habe nun entweder seinen eigenen Bedienten dazu gebraucht, oder den Bedienten des Commodanten, welcher vom letztern bloß war geschickt worden, um den Commodatar an die Zu-

5) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*

6) S. Griesingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 1. Band §. 39. S. 67. f.

Zurückgabe zu erinnern, oder er habe sonst Jemanden dazu ausersehen [7]); es wäre denn, daß das ganze Geschäft allein den Nutzen des Verleihers bezweckt hätte. Denn hier ist der Commodatar nur insofern verantwortlich, als ihm bey der Wahl des Ueberbringers ein Dolus oder culpa lata zur Last fällt [8]). Hätte jedoch der Commodatar die Sache einer solchen Person anvertraut, die als ein sehr ehrlicher Mensch bekannt war, daß man gar nicht hätte erwarten können, sie werde einer solchen Untreue oder Unvorsichtigkeit fähig seyn, als dennoch der nachherige Erfolg ergeben hat, so ist der Commodatar zu entschuldigen, und der Commodant leidet allein den Schaden [9]).

II. Haben mehrere eine Sache gemeinschaftlich geliehen, wie haften sie? 1) Wegen der Sache selbst natürlich in solidum. Wenn aber 2) der Werth derselben gefordert wird, so ist es streitig. Nach einigen [10]) sollen die mehreren Commodatare nur pro rata haften. Diese Meinung gilt auch in der Praxis [11]). Allein nach der richtigern Theorie anderer [12]) sind sie, jedoch unter Vorbehalt der

7) *L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. §. 1. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *Wolf. Ad.* LAUTERBACH Diss. de nuncio. *Tübingae* 1660 §. 55.

8) *L. 11. et L. 12. pr. D. h. t.* Griesinger a. a. O. §. 38. S. 66. und HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 556. Not. 1. S. 227.

9) *L. 20. D. h. t.* WERNHER Select. Observat. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 16. SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVIII. Th. 8.

10) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. ZIEGLER Diss. de commodato. Th. 145. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. Dabelow Handbuch des röm. deutsch. Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1216. WALCH Controv. iur. pag. 535. und HUFELAND im angef. Lehrbuche. §. 555. Not. 4.

11) SCHILTER Prax. iur. Rom, Ex. XXV. §. 25, et 26. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 7. Not. 1.

12) *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. cap. 8. circ. fin. *Operum* pag. 957. sq. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XXVI. cap. 26. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING Thes.

der Einrede der Theilung [13]), auch wegen des Werths in solidum verbindlich, wofern nicht etwa die Sache den mehreren ausdrücklich auf gemeinschaftliche Gefahr geliehen worden ist [14]). Dann kann jeder blos pro rata auf Erstattung des Werths in Anspruch genommen werden [15]).

III. Wie haften mehrere Erben eines Commodatars? 1) Ist die Sache noch in Natur vorhanden, so kann derjenige Miterbe, welcher die Sache hat, in solidum belangt werden [16]). 2) Hat keiner die Sache, es ist aber einer der Miterben allein ohne Schuld der übrigen Ursache des Unterganges, so haftet auch dieser allein [17]). 3) Ist weder das Erste noch das Andere der Fall, so haften die mehreren Erben eines Commodatars für den Werth der Sache nur nach der Proportion ihres Erbtheils [18]).

§. 859.

Verpflichtungen des Commodanten.

Die zufälligen Verbindlichkeiten des Verleihers gehen 1) auf Ersatz des Schadens, welcher dem Commodatar aus einer mit dem Bewußtseyn ihrer Unbrauchbarkeit oder Schädlichkeit überlieferten Sache [19]), oder durch unzeitige Zurückforderung derselben entstanden ist [20]). 2) Auf Erstattung aller auf die Erhaltung der Sache verwendeten ausserordentlichen unmäßigen Kosten, oder auch anderer Verwendungen, zu denen der Commodant einwilligte [21]), oder

Thes. controv. Dec. XLVIII. Th. 7. STRUV Synt. iur civ. Ex. XIX. Th. 9. EMMINGHAUS ad *Coccejum* l. c. Qu. 5. not. a. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1876. THIBAUT syst. des P. R. 2. B. §. 889. u. a.

13) *Nov. XCIX. cap. 1. L. 47. D. locat.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9.

14) *L. 5. §. 15. D. h. t. L. 9. pr. D. de duobus reis.*

15) *L. 21. §. 1. D. h. t.*

16) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

17) *L. 17. §. 2. D. h. t.*

18) *L. 3. §. 3. D. eod.*

19) *L. 18. §. 3. D. h. t.*

20) *L. 17. §. 3. D. eod. L. 22. D. eod.*

oder wodurch der Commodatar eine von dem Verleiher bereits angefangene Verbesserung nur vollendete [22]). 3) Auf Zurückgabe der Sache oder ihres Werthes, wenn nämlich der Commodatar die Sache verlohren, und deren Werth ersetzt hatte, nachher aber der Verleiher die Sache wieder erhält [23]).

§. 860.

Klagen aus dem Leihcontract.

Aus dem Leihcontract entspringen zwey Klagen, 1) die *actio commodati directa*, welche von dem Verleiher gegen den Commodatar auf die Zurückgabe der Sache mit aller Zubehörung, so wie auf Ersatz des ihm zur Last fallenden Schadens angestellet wird. Gegen einen Pupillen, der eine Sache ohne Auctorität seines Vormundes geliehen hat, findet, sofern er dadurch reicher geworden, nur eine actio commodati utilis, außerdem aber die actio ad exhibendum, oder actio legis Aquiliae Statt, wenn er sich eines Dolus oder einer Culpa dabey schuldig gemacht hat [24]). 2) Die *actio commodati contraria*, wodurch der Commodatar gegen den Commodanten seine zufällig gegen diesen entstandenen Rechtsansprüche verfolgt. Daß beyde Klagen auch auf die Erben gehen, leidet keinen Zweifel [25]).

21) *L.* 18. §. 2. *D. h. t. L.* 15. §. 2. *et L.* 59. *D. de furtis.*

22) *Hug.* DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 3. §. *De impensis* etc. pag. 674. und FRANTZKE Comm. h. t. nr. 62.

23) *L.* 17. §. 5. *D. h. t.* Ist dem Commodatar daran gelegen, die Sache selbst lieber zu haben, so kann er mit der rei vindicatione utili auf Restitution derselben klagen. *L.* 5. §. 1. *D. h. t. L.* 63. *D. de rei vind.* Ist ihm mehr daran gelegen, das Geld, was er für die Sache bezahlt hat, wieder zu haben, so klagt er mit der condictione sine causa auf Herausgabe des bezahlten Werths. *L.* 2. *D. de condict. sine causa.* Ist es ihm aber gleichviel, ob er die Sache oder ihren Werth erhält, so klagt er actione commodati contraria. S. VOET in Comm. h. t. §. 8.

24) *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *et L.* 3. *pr. D. h. t.*

25) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 780 ff.

